

*Saffa*

UNIVERSITÀ DI TORINO  
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO  
SERIE II MEMORIA LXXXVIII

---

RODOLFO SACCO

---

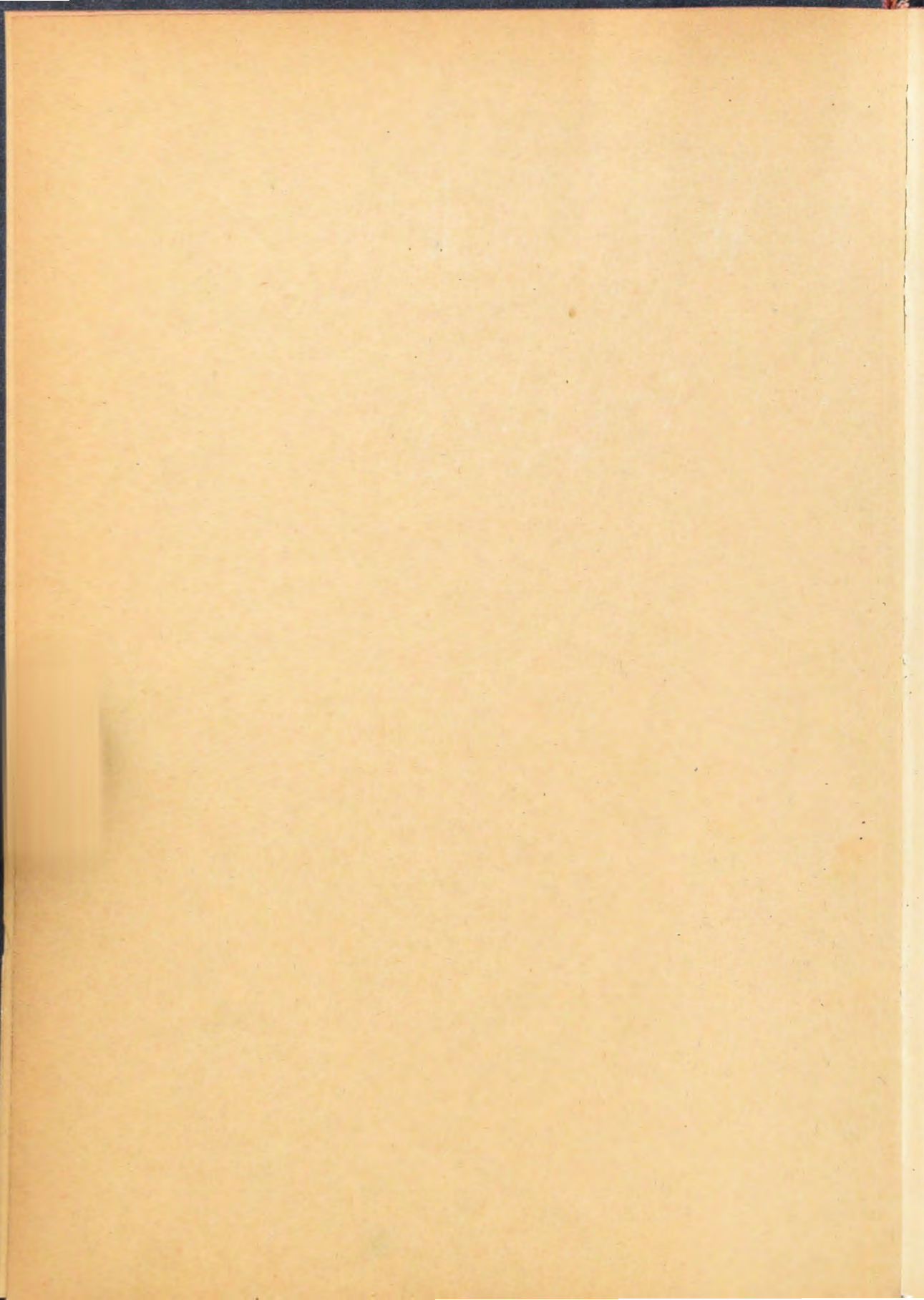
# IL POTERE DI PROCEDERE IN VIA SURROGATORIA

PARTE GENERALE



---

G. GIAPPICHELLI — EDITORE — TORINO



Per 0105981

UNIVERSITÀ DI TORINO  
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO  
SERIE II MEMORIA LXXXVIII

---

RODOLFO SACCO

---

# IL POTERE DI PROCEDERE IN VIA SURROGATORIA

PARTE GENERALE



Per 89198

---

G. GIAPPICHELLI — EDITORE — TORINO



---

PROPRIETA' LETTERARIA RISERVATA

---



---

---

## INDICE BIBLIOGRAFICO

Questo indice non contiene una bibliografia organica sull'argomento a cui è dedicata la monografia; esso è un semplice elenco delle opere che verranno richiamate più frequentemente nel corso della trattazione.

- ACOSTA, *De privilegiis creditorum tractatus absolutissimus*, Ginevra 1670.
- ALESSANDRETTI, *Presupposti di fatto necessari all'esercizio dei diritti e delle azioni del debitore da parte dei suoi creditori*, in *Temì ven.* 1910.
- ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino 1941, lit.
- *Fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino 1948-1952, lit.
- *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino 1949-50, lit.
- *Nozioni fondamentali del diritto civile*, 4<sup>a</sup> ed., Torino 1953, lit.
- ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935.
- *Diritto processuale tributario*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 1955.
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli 1954.
- ANSALDIS, vedi DE ANSALDIS.
- ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 11<sup>a</sup> ed., Napoli 1952.
- ARGOU, *Institution au droit françois*, Parigi 1762, II.
- ARVET, *De l'exercice des actions du débiteur par le créancier*, Parigi 1872.
- AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 6<sup>a</sup> ed., Parigi 1942, t. IV.
- BALDO, *Commentaria in quartum et quintum Codicis lib.*, Venezia 1622.
- BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, 4<sup>a</sup> ed., Milano 1948.
- *Teoria generale delle obbligazioni*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1948.

- BARBERO, *Legittimazione ad agire in confessoria e negatoria servitutis*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1950.
- *Studi di teoria generale del diritto*, Milano 1953.
- *Sistema istituz. del diritto privato italiano*, 4<sup>a</sup> ed., Torino 1955.
- BARLETTA, *L'azione surrogatoria nella dottrina e nella giurisprudenza*, Chieti 1905.
- BASNAGE, *La coutume réformée du pays et duché de Normandie*, Rouen 1678.
- *Traité des hypothèques*, Rouen 1702.
- BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2<sup>a</sup> ed., Parigi 1955.
- BAUDRY LACANTINERIE et BARDE, *Des obligations*, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, Parigi 1897, I.
- BAUDRY LACANTINERIE et SAIGNAT, *De la vente et de l'échange*, in *Traité ecc.*, Parigi 1900.
- BERTOLINI, *Esercizio dei diritti del debitore*, in *Legge* 1890.
- BETTI, *Diritto romano*, Padova 1935.
- *Diritto processuale civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma 1936.
- *Teoria generale del negozio giuridico*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1950.
- *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1953, I e II.
- BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2<sup>a</sup> ed., Parigi 1936, VIII (*Contrats et obligations*).
- BIGIAVI, *Società occulta e imprenditore occulto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1949.
- *Imprenditore occulto*, Padova 1954.
- BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1952.
- BONELLI, *Del fallimento*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1938-39.
- BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino 1877, III, II.
- BOSC, *Etude sur le droit des créancier d'exercer les actions de leur débiteur*, Parigi 1902.
- BOURGEOIS, *De l'exercice des droits et actions du débiteur*, Parigi 1875.
- BOUTARIC, *Les institutes de l'emp. Justinien conférés avec le droit français*, Tolosa 1740.
- BRANCA, in *Commentario SCIALOIA e BRANCA*, sub art. 1079.
- *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti per CARNELUTTI*, III.
- BRILLON, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle*, Parigi 1711.
- BRODEAU, in LOUET, *Recueil de plusieurs arrêts notables, recueillis par B.*, Parigi 1742.
- BRUNNEMANN, *Commentarius in Codicem*, Lione 1715.
- BRUNNEMANN, in CENCINIUS, *Additiones aureae ad A. De Olea Tractatum de cessione jurium*, Ginevra 1723.



- BURDESE, *Irrevocabilità del mandato con rappresentanza*, in *Dir. e giur.* 1950.
- CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936.
- *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova 1941.
- CANCERUS, *Variarum resolutionum juris*, Lione 1658, I.
- CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 3ª ed., Milano 1953.
- CANTILLO, *Appunti in tema di azione surrogatoria: la cosiddetta azione surrogatoria esecutiva*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1953, I bim., p. 74.
- CANTONI, *L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, Milano 1907.
- CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi CHIOVENDA*, 1927.
- *Processo di esecuzione*, in *Lezioni di dir. proc. civ.*, Padova 1929-1931.
- *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Roma 1951.
- CARONDAS, (LE CARON, detto), *Responses du droict françois confirmées par les arrests*, Parigi 1586.
- CARRARO, *Mandato ad alienare*, Padova 1947.
- CASAREGIS, *Discursus legales de Commercio*, Firenze 1719.
- CASTELLINI, *L'azione surrogatoria nel diritto civile*, Asti 1941.
- CHARONDAS, vedi CARONDAS.
- CHIOVENDA, *Principii di diritto proc. civile*, 3ª ed., Napoli 1923.
- *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.* 1926.
- *Azione ed eccezione*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, Roma 1930, I.
- *Istituzioni di dir. proc. civ.*, Napoli 1933.
- CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2ª ed., Torino 1912.
- CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 2ª ed., Milano 1948.
- CLAPS, *Natura giuridica della surrogazione*, in *Foro It.* 1913.
- COLIN e CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 10ª ed., Parigi 1953, t. II.
- COLMET DE SANTERRE, seguito di DEMANTE, *Cours anal. de code civil*, 2ª ed., Parigi 1883, t. v.
- COQUILLE, *Oeuvres*, Bordeaux 1703.
- COTTINO, *Note sull'irrevocabilità del mandato*, in *Riv. dir. comm.* 1952, II.
- COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, 3ª ed., Milano 1924.
- CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, tr. it. ASCOLI e CAMMEO, Milano 1908.
- CUGIA, *Corso di diritto romano. La nozione della cessione del credito e dell'azione*, Milano 1939.
- *Inammissibilità del mandatum actionis nella cessione e nell'accollo classici*, in *Studi ARANGIO RUIZ*, Napoli 1953, IV.



- CUIACIO, *Opera*, Prato 1836-44.
- D'AMELIO, in *Commentario D'AMELIO al cod. proc. civ.*, sub art. 81.
- D'ARGENTRE', *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniae*, 2<sup>a</sup> ed., Parigi 1614.
- D'AVANZO, *La surrogatoria*, Padova 1939.
- DE ANSALDIS A., *De commercio et mercatura*, Roma 1689.
- DE CASTRO P., *In primam codicis partem Commentaria*, Venezia 1582.
- *Consiliorum*, Venezia 1570, II.
- DE FERRIERE C. (padre), *Corps de tous les commentateurs sur la coutume de Paris*, 2<sup>a</sup> ed., Parigi 1714, t. IV.
- *Nouveau Commentaire sur la coutume de Paris*, Parigi 1751.
- DE FERRIERE C. J. (figlio), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Parigi 1762.
- DEIANA, *Alcune considerazioni sull'azione negatoria*, Trieste 1945.
- *Le servitù prediali*, vedi GROSSO e DEIANA.
- DEL CASTILLO J., *Repertorium generale*, Lione 1667.
- DE LUCA, *Il dottor volgare*, Colonia 1740.
- DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, 2<sup>a</sup> ed., Parigi 1810, II.
- DEMANTE, *Programme du cours de droit civil*, ed. belga a cura MAZERAT, Brusselle 1838.
- DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma 1953.
- DE MARTINI, *Profilo giuridico del contratto estimatorio*, in *Scritti per CARNELUTTI*, Padova 1950, III.
- DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, II, *Effets des obligations*, Parigi 1933, t. VII.
- DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XII (*Des contrats*), ed. belga, Brusselle 1868.
- DE OLEA, vedi OLEA.
- DERNBURG, *Das Pfandrecht*, Lipsia 1860, I.
- DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 6<sup>a</sup> ed., Messina Milano s. d.; 8<sup>a</sup> ed., Milano 1950, a cura MAROI.
- DOMAT, *Les lois civiles*, Parigi 1777.
- DONELLO, *Opera omnia commentariorum de jure civili*, Firenze 1840-47.
- D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di proc. civile*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 1953.
- DUBEY, *De la voie oblique*, Digione 1936.
- DUMOULIN, *Commentarii in parisienses supremi Galliae parlamenti ecc. consuetudines ecc.*, Francoforte sul Meno 1597.
- DURANTON, *Cours de droit français*, 3<sup>a</sup> ed., Brusselle 1834, VI.
- DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, *Recueil de jurispr. civile du pays de droit écrit et coutumier*, 4<sup>a</sup> ed., Parigi 1769.
- EULA, in *Commentario D'AMELIO e FINZI al cod. civ.*, sub art. 2900.

- FABRO A., *Coniecturarum iuris libri 20*, Lione 1659.
- *Codex fabrianus*, Vienne 1740.
- FADDA, *Un'osservazione sull'art. 1234 C. Civ.*, in *Mon. delle leggi* 1886.
- FENET, *Pothier analysé dans ses rapports avec le code civil, et mis en ordre sous chacun des articles de ce code*, Parigi 1826.
- FERRARA, *Natura giuridica dell'azione surrogatoria*, in *Foro it.* 1904, I, 1495 (anche in *Scritti giuridici*, II, Milano 1954).
- *Trattato di diritto civile italiano*, I, I, Roma 1921.
- FERRARA j., *Gli imprenditori e le società*, 3ª ed., Milano 1952.
- FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino 1950.
- FERRIERE, vedi DE FERRIERE.
- FRE', in *Commentario SCIALOJA e BRANCA*, sub art. 2394.
- GAITO, *Tractatus absolutissimus de credito*, Venezia 1626.
- GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942.
- GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Parigi 1937.
- GIOIA, *L'azione surrogatoria nel diritto vigente*, Napoli 1955.
- GIORGI, *Obbligazioni*, 7ª ed., Firenze 1907.
- GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, Milano 1943.
- GIRARD, *Manuel de droit romain*, 8ª ed., Parigi 1929.
- GORLA, *Atto di disposizione*, in *Annali Perugia* 1936.
- in *Commentario SCIALOJA e BRANCA*, sub art. 2789.
- GRASSETTI, in *Commentario D'AMELIO e FINZI al cod. civ.*, sub art. 314.
- GRAZIANI, *La rappresentanza senza procura*, in *Annali Perugia* 1927, oggi in *Studi di dir. civ. e comm.*, Napoli 1953.
- GRECO, *Lezioni di diritto commerciale*, Torino 1941-43, lit.
- GROSSO e DEIANA, *Le servitù prediali*, Torino 1952, in *Trattato VASSALLI* (è imminente una 2ª ed., di cui non si è potuto tenere conto).
- HUC, *La cession et la transmission des créances*, Parigi 1891, t. I.
- JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Parigi 1930, II.
- KLEIN, *Die Rechtshandlungen in engerem Sinne*, Monaco 1912.
- KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stoccarda 1891.
- LABBE', *De l'exercice des droits d'un débiteur par le créancier*, in *Rév. crit. leg. et jurispr.*, 1856.
- LAROMBIERE, *Obligations*, Parigi 1885, II.
- LAURENT, *Principes de droit civil*, 3ª ed., Parigi e Brusselle 1878.
- LEBEL, *De l'exercice des droits et actions du débiteur par les créanciers*, Parigi 1885.
- LEBRUN, *Traité des successions*, Parigi 1692.
- LOMONACO, *Delle obbligazioni*, Napoli e Torino 1912, nel *Trattato FIORE*.
- LOUET, vedi BRODEAU.



- MAGNO, *Successione nel diritto soggettivo*, in *Arch. giur.* 1952.
- MARCADE', *Explication du code Napoléon*, 5<sup>a</sup> ed., Parigi 1885, IV.
- MAROI, vedi DE RUGGIERO.
- MASUCCI, *L'azione surrogatoria nel nuovo cod. civ.*, in *Riv. dir. priv.* 1943.
- MAYNARDO, *Notables et singulieres questions du droict escrit decidees et jugees par arrests de la cour du Parlement de Tholose*, Parigi 1638.
- MENGONI, *Acquisto a non domino*, Milano 1949.
- *Obbligazioni « di risultato » e obbligazioni « di mezzi »*, in *Riv. dir. com.* 1954, I.
- MERLIN, *Repertorio generale*, tr. it., Venezia 1836.
- MERLINO M., *De pignoribus et hypothecis*, Venezia 1661.
- MESSINA, *Diritti potestativi*, voce in *Nuovo Digesto italiano*.
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3<sup>a</sup> ed., Milano 1948.
- *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8<sup>a</sup> ed., Milano 1950.
- MINERVINI, *Contributo alla dottrina della procura irrevocabile*, in *Annuario dir. comp.* 1949.
- *Il mandato*, Torino 1952, in *Trattato VASSALLI*.
- *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1953.
- MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli 1955.
- MISPOULET, *De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier*, Parigi 1875.
- MORNAC, *Observationes in quatuor priores libros codicis ad usum fori gallici*, Parigi 1721, IV.
- MOURLON, *Répétitions écrites sur le code civil*, 12<sup>a</sup> ed. a cura DEMANGEAT, Parigi 1885.
- MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3<sup>a</sup> ed., Greifswald 1836.
- NAPOLETANI, *Dell'esercizio dei diritti del proprio debitore*, in *Gazz. Trib.* 1870.
- NICOLO', *Adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936.
- in *Commentario SCIALOJA e BRANCA*, sub art. 2740, e sub art. 2900 (la parte sub art. 2740 è giunta alla 2<sup>a</sup> ed.).
- e GIORGIANNI, *Usufrutto*, voce in *Nuovo digesto italiano*.
- OLEA, *Tractatus de cessione juri et actionum*, Vienne 1701.
- PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino 1927.
- *Addizione II a BAUDRY LACANTINERIE et WAHL, Mandato*, tr. it.
- PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4<sup>a</sup> ed., Firenze 1908.
- PEREZIUS J. C., *Praelectiones in XII libros codicis*, 1<sup>a</sup> ed. it., Venezia 1738.
- PERIER, *De l'exercice par le créancier des droits et actions de leur débiteur en droit romain et en droit français*, Parigi 1884.



- PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma 1928.
- PINO, *Il patrimonio separato*, Padova 1950.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, a cura RIPERT e BOULANGER, 4<sup>a</sup> ed., Parigi 1952, II.
- PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, RADOUANT, GABOLDE, *Traité pratique de droit civil français*, VII, *Obligations*, II, Parigi 1931.
- POTHIER, *Le pandette di Giustiniano*, tr. it., Venezia 1841.
- *Oeuvres*, Parigi 1845.
- POUSSET, *De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier*, Parigi 1875.
- PUGLIATTI, *Conflitto di interessi fra principale e rapp.to*, in *Annali Messina* 1928.
- *Esecuzione forzata*, Milano 1935.
- *Diritto civile. Metodo ecc.*, Milano 1951. Ivi: *Atto di disposizione ecc.*; *Sulla rappresentanza indiretta*; *Fiducia e rappresentanza indiretta*; *Considerazioni sul potere di disposizione*.
- RENDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano 1952.
- REGIS, *Dizionario legale*, Torino 1817 e sgg.
- RENUSSON, *Traité des propres*, Parigi 1681.
- RICCI, *Corso teorico pratico di diritto civile*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 1912, vol. VI.
- RICHERI, *Universa Jurisprudentia*, Torino 1781.
- ROCCO, *Il fallimento*, Torino 1917.
- RODRIGUEZ A., *Tractatus de concursu, et privilegiis*, Ginevra 1664.
- ROUSSEAUD DE LACOMBE, vedi DU ROUSSEAUD DE LACOMBE.
- RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939.
- *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, Torino 1952, in *Trattato VASSALLI*.
- SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino s. d. 1947.
- *La buona fede*, Torino s. d. 1949.
- SAGGESE, *La rappresentanza*, Napoli 1933.
- SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, Bologna 1948, I.
- SALGADO, *Labyrinthus creditorum concurrentium*, Lione 1672.
- SALVI, *La cessione dei beni ai creditori*, Milano 1947.
- SANCHEZ ROMAN, *Estudios de derecho civil*, Madrid 1899, IV.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1954.
- SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, 3<sup>a</sup> ed., Roma 1948.
- *Diritto processuale civile*, 4<sup>a</sup> ed., Padova 1954.
- SCADUTO, *La rappresentanza mediata nell'acquisto dei diritti*, in *Riv. dir. com.* 1925, I.
- SCHWEPPE, *Das System des Concurses der Gläubiger, nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte*, Gottinga 1829.

- SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio*, 9<sup>a</sup> ed., Roma 1914.
- SERRES, *Les institutions du droit français*, 3<sup>a</sup> ed., Parigi 1778.
- SEUFFERT, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts*, Nördlingen 1881.
- SOLA A., *Commentaria* (ai decreti ed ordinanze sabaudi), Torino 1595 e Torino 1607.
- SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, Napoli 1937.
- SOTGIU, *Cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato VASSALLI*, Torino 1949.
- STOLFI N., *Diritto civile*, III, *Obbligazioni*, Torino 1932.
- *Principii fondamentali dell'azione surrogatoria e dell'azione pauliana*, in *Gazz. Proc.* 1901.
- STRYKIO, *Dissertationum juridicarum francofurtensium*, Firenze 1838 (diss. XXV, WEISBRODT, *De iure ex alterius persona permissio citra successionem vel cessionem*, 1683).
- SURDO, *Decisiones sacri mantuani senatus*, Piacenza 1598.
- TAMBOUR, *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs*, Parigi 1856.
- TESSAURO, *Novae decisiones sacri senatus pedemontani*, Torino 1590.
- TOULLIER, *Le droit civil français*, ed. Bruxelles 1847, tomo 5<sup>o</sup>.
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 6<sup>a</sup> ed., Padova 1952.
- TRIMARCHI, *Atto e negozio giuridico*, Milano 1940.
- TUHR (VON), *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerl. Rechts*, II, I, Lipsia 1914.
- VELLANI, *Sulla proposizione dell'appello in via surrogatoria da parte del creditore*, in *Giur. it.* 1953, I, I, 616 e sgg.
- VENEZIAN, *Opere giuridiche*, II, Roma 1920.
- *Usufrutto*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1936.
- VENZI, note a PACIFICI MAZZONI (vedi).
- VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1949.
- VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Vienne 1769.
- VON TUHR, vedi TUHR (von).
- WAHL, *Vertragsansprüche Dritter in franz. Recht*, in *Beiträge ausl. intern. Privatrecht*, Berlino Lipsia 1935.
- WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tr. it. FADDA e BENZA, Torino 1930.
- ZUCCONI, *L'origine storica dell'azione surrogatoria*, in *Riv. dir. civ.* 1910.
- *Natura ed effetti dell'azione surrogatoria*, in *Riv. dir. civ.* 1911.



---

## CAPITOLO I.

### Determinazione del concetto di potere surrogatorio attraverso la storia

SOMMARIO: § 1. - Premessa. — § 2. - Il *pignus nominis* in causa iudicati *captum*, e il suo preteso legame con l'azione surrogatoria. — § 3. - Il progressivo snellimento della procedura per *pignoris capionem* di credito, ed il suo preteso legame con il sorgere dell'azione surrogatoria. — § 4. - L'ipoteca generale, e la pretesa azione surrogatoria generale del diritto comune. — § 5. - L'eccezione surrogatoria tra concreditori nel diritto comune, e il suo preteso carattere innovativo. — § 6. - Il precedente dell'eccezione surrogatoria concursuale nel diritto romano. — § 7. - Eccezione ed azione surrogatoria concursuale in Salgado e negli studiosi del fallimento. — § 8. - La pretesa azione surrogatoria generale nel *droit coutumier* francese. — § 9. - I procedimenti speciali apparentemente surrogatorii nel *droit coutumier* francese. — § 10. - Nascita dell'azione surrogatoria generale nella giurisprudenza francese del sec. XIX.

#### § 1. - PREMESSA.

E' abbastanza noto che il nome di « azione surrogatoria » è improprio per due ragioni.

In primo luogo, infatti, il termine « azione » è inadatto ogniqualevolta il creditore (come la legge gli consente certamente di fare) (1) si tutela in via stragiudiziale (2).

---

(1) Argomenta ex art. 2900 cod. civ., 2° co. La dottrina è concorde: CECU, *Obbligazione* cit., p. 109; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 29; MASUCCI, *L'azione surrogatoria* cit., n. 2; GIOIA, *L'azione surrogatoria* cit., p. 22. Non ritengo di citare in senso contrario quegli autori, che, pur dopo l'entrata in vigore del nuovo cod. civ., hanno classificato il fenomeno



In secondo luogo, l'espressione criticata lascia pensare ad uno speciale atto, od azione, contrassegnato da un tipico contenuto, o da una tipica petitio; mentre invece il nome di azione surrogatoria viene assunto da qualsiasi atto (costituzione in mora, domanda di revindica, di annullamento, ecc.), posto in essere dal creditore in base all'art. 2900 cod. civ. (e cioè, come si suol dire, utendo iuribus del debitore) (3) (4).

Bisognerebbe dunque parlare, in adesione alla prima critica, non già di un'azione surrogatoria, ma, con maggiore ampiezza, di un atto, o, meglio, di un procedimento surrogatorio (5).

Con riferimento alla seconda critica, bisognerebbe parlare, anzichè di azione surrogatoria (o di atto negoziale, fatto umano surrogatorio), di una situazione o posizione surrogatoria, in cui il creditore viene a trovarsi di fronte all'azione, all'atto, al fatto — in una parola, al procedimento — spettante al debi-

---

in esame nelle surrogazioni processuali (BETTI, *Teoria obbligazioni* cit., II, p. 148) o nelle sostituzioni processuali (GARBAGNATI, *La sostituzione* cit., p. 207, 225 e sgg., 266): questi scrittori infatti, più che negare l'aspetto stragiudiziale del fenomeno surrogatorio, l'hanno trascurato.

Sotto il cod. 1865 le opinioni non erano concordi, come non lo sono in Francia, dove manca un disposto del genere di quello contenuto nel nostro art. 2900, 2° co. (vedi infatti per la tesi negativa PLANIOL, *Traité élémentaire* cit., I, n. 280, nelle varie edd. originarie, e II, n. 1388 seg. delle edizioni curate da RIPET e BOULANGER).

Per le ragioni ora dette, PLANIOL, o chi si trovi nello stesso ordine di idee, può ben chiamare « action » indirecte il nostro istituto senza incappare nella stessa accusa di improprietà che può invece essere mossa al legislatore ed alla dottrina italiani.

(2) Vedi questo rilievo già in ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 756.

(3) Vedi già JOSSEMERAND, *Cours* cit., p. 322; più esplicitamente NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 20 e sgg., a cui rinvio.

(4) In questa trattazione si parlerà sempre di creditore per indicare la persona che procede in base all'art. 2900 cit.; di debitore per indicare il soggetto direttamente tenuto verso di lui; di terzo per indicare la persona, nei cui confronti sussiste una pretesa del debitore. Qualora venga in considerazione il solo rapporto fra debitore e terzo, si leggeranno talora le espressioni: « debitore avente diritto »; e « terzo obbligato ».

(5) Per un'estensione dell'istituto di cui all'art. 2900 cod. civ. a varii casi di atto non negoziale vedi NICOLÒ, sub art. 2900 cit., passim, ad es. p. 131. Per un'ulteriore estensione anche fuori di tali limiti vedi la presente monografia oltre, § 31.

tore; e, parallelamente, di un potere surrogatorio, spettante al creditore, di porre in essere quel dato atto e di ricorrere a quel dato procedimento.

Quanto all'espressione « surrogatorio », attribuita alla situazione ed al potere di cui ci occupiamo, essa non è nè molto elegante, nè molto chiara, ma non sembra possibile proscriverla dopo l'uso che ne ha fatto, oltre alla dottrina, anche il nuovo codice (6).

Si suole parlare indifferentemente di « azione surrogatoria » e di « esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore » (7). Bisogna chiarire se i due termini sono equivalenti.

La frase « esercizio dei diritti ed azioni spettanti al debitore, ad opera del creditore » comprende anche, se presa alla lettera, l'esercizio svolto dal creditore in forza di procura rilasciata a scopo diverso dalla garanzia, od in forza di un potere di rappresentanza legale od organica; comprende inoltre l'esercizio della cosiddetta « azione diretta », e si estende infine all'attività antiggiuridica del creditore, corrispondente ad un esercizio di diritti del debitore (reso possibile da una legittimazione apparente, ecc.). Non si può dire altrettanto della espressione « attività svolta in via surrogatoria, attività surrogatoria ».

---

(6) I termini surrogazione, surrogatorio, ricorrono a proposito di troppi e troppo diversi istituti (surrogazione personale di colui che ha pagato un debito altrui, surrogazione reale, legittimazione processuale speciale fondata sulla surrogazione, ecc.).

Com'è noto, il termine *action subrogatoire* è ormai desueto in Francia, dove si parla, piuttosto, di *action oblique*, o *indirecte*. Queste ultime espressioni, oltre al termine azione riflessa, ricorrono anche in qualche autore italiano. Cfr. ad es. BARASSI, *Obbligazioni cit.*, III, n. 285 lettera A.

(7) Quest'ultima espressione è usuale in tutti i monografisti francesi del nostro istituto (cfr., oltre a LABBÉ, le varie tesi di dottorato dei LEBEL, PERIER, BOURGEOIS, BOSC, MISPOULET), ed in alcuni autori italiani (BERTOLINI, NAPOLETANI, ecc.).

Presso qualche autore italiano non recentissimo si incontra l'espressione « subingresso giudiziale » come equivalente di « azione surrogatoria » (per tutti LOMONACÒ, *Obbligazioni cit.*, p. 443; STOLFI N., *Obbligazioni cit.*, p. 335).



Per poter identificare i due termini, bisogna dunque restringere la categoria « esercizio del diritto del debitore ad opera del creditore », sottintendendo l'ulteriore precisazione « compiuto a scopo di garanzia ».

Inoltre, bisognerà superare quella concezione secondo cui il creditore procedente in via surrogatoria, lungi dall'« esercitare un diritto altrui », farebbe valere esclusivamente un diritto proprio (8).

Ma, anche con le limitazioni e le precisazioni di cui sopra, la *reductio ad unum* delle due categorie non sarà facile, perchè l'« esercizio dei diritti del debitore » si presta ad abbracciare ipotesi e figure nettamente estranee all'ambito dell'istituto surrogatorio.

Si pensi anzitutto al caso in cui un creditore gode di una speciale garanzia processuale o sostanziale (in virtù di pignoramento, pegno, sequestro, cessione di beni) su dati elementi del patrimonio del proprio debitore; ed è perciò legittimato ad esperire contro terzi talune azioni, a cui finora era legittimato il suo debitore (così ad es. se il pegno o la cessione di beni ha per oggetto un credito scaduto, la cui riscossione è affidata al creditore pignoratizio o cessionario dei beni). In tale caso, ove si ritenga che la titolarità del credito pignorato o ceduto rimanga pur sempre presso il debitore pignoratizio o cedente (9), e che il creditore garantito eserciti lo stesso credito

---

(8) Vedi oltre, §§ 10, 21, 32.

(9) Questa condizione si verifica secondo le teorie che vedono nella costituzione di pegno di credito una successione costitutiva, o nel pegno di credito un diritto sopra un diritto altrui (BREMER, *Das Pfandrecht und das Pfandobjekt*, Jena 1867, p. 36 e sgg.; WINDSCHEID, *Pandette*, § 239, nota 10; von TUHR, *Allgemeiner Teil* cit., II, I, p. 63; FERRARA, in *Riv. it. scienze giur.* 1904, p. 400 e sgg.; ROMANO SALV., *Natura giuridica del pegno di credito*, Milano 1928, p. 54 e sgg.; RUBINO, *Il pegno* cit., p. 211; CICU, *Obbligazione* cit., p. 87), o nella riscossione da parte del creditore pignoratizio un fenomeno di sostituzione sostanziale (MESSINEO, *Titoli di credito*, Padova 1928, p. 223, e ora in *Manuale* cit., § 104, n. 7; DI PACE, *Il pegno di crediti*, Padova 1939, p. 115 e sgg.); o, infine, ravvisa l'effetto della cessione dei beni ai creditori in un di-



pignorato o ceduto (10), si concluderà che il creditore garantito esercita un diritto del suo debitore. Non è detto, peraltro, che questo esercizio possa considerarsi un'applicazione del potere surrogatorio, dato che il potere surrogatorio del creditore, regolato dall'art. 2900 cod. civ., non esclude il debitore dall'esercizio del diritto (11).

Inoltre, per una ragione prevalentemente storica, si è spesso parlato di esercizio di diritti del debitore da parte del creditore anche con riferimento all'ipotesi in cui il creditore, cessionario od aggiudicatario del credito già spettante al proprio debitore, agisce contro il terzo. In tale caso, le concezioni moderne ci suggeriscono di dire che il creditore cessionario od aggiudicatario esercita un diritto proprio. Ma l'affermazione contraria fu un tempo assai comune, trovando le sue radici

---

stacco dello ius exigendi dalla titolarità (SALVI, *Cessione* cit., p. 139 e sgg.).

La condizione manca invece per chi vede nel contratto di pegno di crediti una cessione (secondo la teoria classica di DERNBURG, *Pfandrecht* cit., I, § 60, MÜHLENBRUCH, *Cession* cit., p. 519 e sgg.; nella dottrina recente cfr. GORLA, in *Assegnazione giudiziale dei crediti*, Padova 1933, p. 141 — vedi però l'indifferenza dello stesso autore, dopo la sua nota crisi di metodo, in *Comm.* BRANCA e SCIALOJA, sub artt. 2800 e 2801, p. 349 —) o un fenomeno affine alla cessione (ZAPPULLI, in *Comm. al Codice S. E. I.*, VI libro, sub art. 2800; LORDI, in *Comm.* D'AMELIO, sub art. 2800).

In una posizione intermedia si deve trovare chi considera il creditore pignoratizio di credito contitolare del credito pignorato (HELLWIG, *Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen*, Lipsia 1883, p. 54 e sgg.).

(10) Questa condizione si verifica soltanto per chi accoglie il paradigma della sostituzione, o del distacco dello ius exigendi dalla titolarità (vedi nota prec.).

(11) CICU, op. loc. ult. cit., contrappone il creditore pignoratizio a quello che procede in via surrogatoria proprio in quanto il primo eserciterebbe un diritto proprio, ed il secondo, un diritto altrui.

Tempo addietro, il nome di azione surrogatoria non implicava la esclusività del potere del creditore. Il valore del vocabolo ha subito una trasformazione, in funzione dell'evoluzione dell'interpretazione data all'art. 1234 cod. civ. 1865; e parallelamente, si è ristretta in Francia la portata dell'espressione « *exercice des droits et des actions du débiteur* » (vedi oltre, § 10).

nella vecchia concezione dell'intrasmissibilità del credito (12).

Questi ondeggiamenti del vocabolario giuridico hanno talora oscurato la retta visione dello sviluppo storico dell'attuale procedimento surrogatorio.

La storia dell'esercizio del diritto altrui concesso a fine di garanzia e di esecuzione forzata è assai antica, se si ritiene di allargare l'ambito massimo di questo esercizio fino a comprendere gli effetti dell'aggiudicazione irrevocabile di crediti, o della cessione irrevocabile (coatta o volontaria) dei crediti.

Antico è del pari l'esercizio dei diritti altrui, inteso come attività spiegata da un creditore (non aggiudicatario nè cessionario del rapporto fatto valere) in ordine ad un diritto, dal cui esercizio il debitore è stato preventivamente escluso; o in ordine ad un diritto, su cui il debitore non può più compiere atti con efficacia verso il creditore (ad es.: riscossione della cifra — dovuta dal terzo al debitore — da parte del creditore, che ha ricevuto in pegno tale diritto e che ha notificato al terzo la costituzione del pegno).

E' invece recente la figura del potere di esercitare i diritti altrui, concessa al creditore garantito senza che per questo il debitore sia preventivamente escluso dal corrispondente esercizio, e salva l'opponibilità al creditore degli atti di disposizione (transazione, rinuncia) compiuti dal debitore sullo stesso diritto fatto valere dal creditore.

Più precisamente, la storia dell'azione surrogatoria in senso moderno è la storia del progressivo distaccarsi di tale istituto dalle garanzie, gravanti sui diritti del debitore, le quali importino l'esclusione del debitore dall'esercizio di tali diritti, o la inopponibilità al creditore degli atti di disposizione compiuti su tali diritti del debitore (13).

---

(12) Vedi un cenno storico sulla vanificazione progressiva di questo principio oltre nota 23 al § 33.

(13) Secondo un criterio talora implicitamente accettato dagli autori, si potrebbe anche affermare che questa opponibilità al creditore degli atti posti in essere dal debitore è condizione sufficiente e necessaria perchè si possa dire che il creditore esercita un diritto propriamente *altrui*; in quanto solo tale residua potestà del debitore lascerebbe



§ 2. - IL PIGNUS NOMINIS IN CAUSA IUDICATI CAPTUM, E IL  
SUO PRETESO LEGAME CON L'AZIONE SURROGATORIA.

La dottrina italiana, sulle tracce di quella francese, riallaccia il procedimento surrogatorio al pignoramento di credito del periodo romano postclassico, noto nelle fonti sotto il nome di *pignus nominis* (1) in causa *iudicati captum* (2).

Com'è noto, il *pignus in causa iudicati captum* (succeduto storicamente alle procedure esecutive dell'*emptio bonorum* e della *bonorum distractio*) era il pegno costituito per ordine del giudice sui beni del debitore, in esecuzione del giudicato. In un primo tempo, esso poteva avere ad oggetto solo le cose

---

desumere che un diritto gli appartenga. Se così fosse, la categoria « esercizio del diritto del debitore ad opera del creditore » assumerebbe un significato particolarmente ristretto, non privo di punti comuni con il concetto di esercizio praticato in via surrogatoria.

(1) Ho sottolineato l'espressione *nominis*, perchè qualche autore la omette, rendendo incomprensibile il motivo, per cui si è visto un legame storico fra l'istituto romano di cui nel testo e il procedimento surrogatorio. Un nesso fra *pignus captum* su cosa materiale ed il nostro istituto non è stato sostenuto da alcuno (vedi infatti le costituzioni imperiali comunemente citate in proposito dalla comune dottrina).

(2) Vedi identificato *pignus nominis in causa iudicati captum*, ed esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore, in DOMAT, *Lois civiles* cit., to. X, l. II, ti. I, e MALLEVILLE, nei lavori preparatori al code civil (il primo aut. cit. menziona C. 8, 21, 1; l'ultimo, C. 4, 15, 2 e D. 42, 1, 15); in Italia il *pignus nominis captum* viene considerato come un germe, od un'origine dell'azione surrogatoria da FERRARA (*Natura giuridica* cit.), CICU (*Obbligazione* cit., p. 90); la dottrina comune lo considera invece come un semplice precedente del nostro istituto (in questo senso GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 266, DEMOGUE, *Obligations* cit., t. VII, p. 300, CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., ZUCCONI, *Origine storica* cit., DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit., III, p. 158, D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 9 a 16, GIOIA, *Azione surrogatoria* cit., p. 27, ecc.).

ZUCCONI individua il precedente della surrogatoria non già nello *ius exigendi* affidato al curator, ma nel potere del curator di perseguire il terzo con un'azione di cognizione.

Qui non è il caso di insistere su altre ipotesi, imperniate del pari sull'origine romanistica dell'istituto; quali la teoria del PACCHIONI (*Obbligazioni* cit., p. 133) sulla repressione dell'omissione fraudolenta; e la teoria dell'*actio serviana*, attribuita al SERAFINI, *Istituzioni* cit., § 92; e sostenuta dal BARLETTA, *L'azione surrogatoria* cit., p. 17 e sgg.

Questi ultimi insegnamenti non hanno avuto un seguito apprezzabile.

corporali, essendone invece esclusi crediti ed azioni, perchè intrasmissibili. Col tempo si ammise che, previa la vana escussione mobiliare ed immobiliare del debitore, il pegno giudiziale potesse gravare anche sui crediti non contestati, e sulle azioni. In seguito si ammise il pegno degli stessi crediti contestati. I crediti e le azioni pignorati venivano esercitati o venduti da appositi funzionarii.

Alla dottrina meno recente, che sosteneva addirittura la identità fra la situazione derivante dal pignoramento romano del credito, e la moderna situazione surrogatoria, è stato obiettato che un'assimilazione perfetta dei due istituti è impossibile, sia perchè il pignoramento romano presupponeva un titolo esecutivo nelle mani del creditore, e la previa escussione mobiliare ed immobiliare del debitore; sia perchè, per diritto romano, l'esproprio a danno del debitore, la alienazione, la persecuzione del terzo, avvenivano ad opera di un funzionario, e non del creditore.

Su un piano diverso, taluno ha negato non solo l'identità, ma perfino il nesso genetico di derivazione storica, fra espropriazione forzosa del nomen, ed azione surrogatoria, sul riflesso che la pignoris capio avente ad oggetto un credito costituirebbe un antecedente dell'odierno pignoramento presso terzi, e non già, del fenomeno surrogatorio (3).

Queste obiezioni hanno un valore vario: la prima si fonda sulla fattispecie che dà luogo al potere del creditore; la seconda, sulla distinzione fra il potere di compiere un atto, e l'aspettativa che un terzo (funzionario) compia l'atto; la terza, sulla differenza che passa fra un esercizio di diritti, dal quale eser-

---

(3) PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 133. Altri autori ammettono che il pignoramento di crediti romano coincida con il nostro pignoramento presso terzi, ma sostengono che quest'ultimo istituto e l'istituto surrogatorio risalgono ad una fonte storica comune (ZUCCONI, *Origine* cit., p. 766). Si noti che il pignoramento presso terzi viene considerato una sottospecie di fenomeno surrogatorio da autori anche recenti (RICCI, *Corso* cit., VI, p. 283; CASTELLINI, *Azione surrogatoria* cit., p. 8). Per questi ultimi scrittori, la critica riportata nel testo si converte in un argomento a favore del nesso fra i due istituti.



cizio è escluso il debitore, ed un esercizio di diritti, al quale sono legittimati cumulativamente il creditore procedente ed il debitore (4).

Accolte queste ragioni di critica (decisive contro l'identità dei due istituti), e rinviata al seguito la questione, se il *pignus nominis captum* costituì almeno un anello nella genesi dell'azione surrogatoria, vien fatto di porsi una domanda: perchè l'attenzione degli studiosi si rivolse alle norme romane che consentirono la *pignoris capio* di credito, e non, ai più antichi principii romanistici sulla pignorabilità delle cose materiali? Tramite il procedimento surrogatorio si possono far valere rapporti tanto reali quanto obbligatorii: perchè dunque l'accertamento in giudizio, la vendita forzata, o la riscossione del credito sottoposto a *capio* dovrebbe accostarsi all'azione surrogatoria in misura maggiore che non l'accertamento in giudizio, o la vendita forzata, o l'esercizio in genere di un diritto reale pignorato?

La risposta non è difficile. La teoria dell'identità fra situazione derivante da *pignus nominis in causa iudicati captum* e potere di esercizio dei diritti del debitore ad opera del creditore si è sviluppata sotto l'impero del diritto comune (5); e in tale epoca il cosiddetto esercizio dei diritti del debitore era effetto di un trasferimento del potere esclusivo di azione (vedi su ciò oltre, § 8). Poichè, nello stesso periodo, era ancora in vigore il principio generale dell'intrasmissibilità del credito e dell'azione, i passi romani sulla *pignoris capio* di

---

(4) Fra i connotati distintivi dei due istituti posti in evidenza nel testo, il primo ed il terzo non mancano probabilmente di un legame. Tenzialmente la fattispecie che dà luogo al potere del creditore condiziona in una certa misura la struttura (esclusiva o concorrente) del potere del creditore stesso. L'esclusione del debitore da ogni potere in ordine al rapporto fatto valere dal creditore è una conseguenza assai grave; perciò si tenderà ad ammetterla solo là dove sussista una idonea fattispecie (atto dell'autorità o consenso del debitore), od un diritto del creditore consacrato in un documento od in un atto solenne (titolo esecutivo).

Se ne avrà la riprova leggendo le pagine che seguono.

(5) Cfr. per tutti DOMAT, loc. ult. cit.

credito o di azione servirono soprattutto a legittimare, in deroga al criterio dell'inceditività dei diritti personali (6), la cessione (volontaria o forzata) di credito o di azione, effettuata a scopo di garanzia (7).

Pignoris capio o cessione di azione a fine di garanzia avevano ben poco in comune: i presupposti, il modo di esercizio, l'estinzione del potere del creditore seguivano criteri eterogenei. Ma i due istituti avevano in comune un aspetto: il carattere derogatorio rispetto al principio dell'intrasmissibilità del credito. L'invocazione dei passi romani serviva a giustificare la deroga ammessa dal diritto comune.

Bisogna ricordare ancora che l'intrasmissibilità del credito e dell'azione lasciava le sue tracce nella posizione giuridica dell'aggiudicatario o cessionario di credito, il quale figurava secondo i casi come mandatario, o procuratore, del debitore esecutato o del cedente; o godeva di un'actio utilis, mentre l'actio directa si configurava come spettante al debitore esecutato o al cedente; per cui era lecito dire che l'aggiudicatario, il cessionario, il mandatario, esercitavano un diritto formalmente altrui (8).

---

(6) A Roma l'assoggettamento del credito ad esproprio forzato non incontrò difficoltà speciali nella procedura della bonorum emptio, perchè l'emptor agiva e resisteva come successore fittizio a titolo universale (GAIO, IV, 35). Le difficoltà iniziarono quando fu ammesso l'esproprio di beni singoli.

(7) In altre parole, il pignoramento ed il successivo esproprio delle cose materiali si giustificò pianamente, per diritto bizantino e comune, in base al principio per cui i diritti reali erano trasferibili. La pignoris capio del nomen o dell'actio presupponeva invece il coordinamento dei principii generali sull'esecuzione con i principii sull'inerenza del nomen al creditore. Anche al tempo di DOMAT, e persino nel periodo della codificazione francese, qualsiasi potere del creditore sui crediti spettante al debitore doveva coordinarsi con i residui del regime di inceditività dei crediti. Ciò spiega perchè i passi romani, concernenti la pignorabilità e l'espropriabilità dei crediti, fossero tanto utili per giustificare la cessione di azioni, realizzata mediante surrogazione del creditore al debitore.

(8) Se si volesse tener conto della spettanza dell'azione al cedente, bisognerebbe dire che l'esercizio del diritto del debitore da parte del creditore a scopo di garanzia risale almeno all'epoca in cui fu intro-



Si può concludere che il *pignus captum nominis* o *actionis* segnò un'importante tappa nel processo di assoggettamento dei crediti e delle azioni all'esproprio forzato, ma non ha nulla a vedere con l'azione surrogatoria moderna. Se così di frequente si è invocato il pignoramento romano di credito per spiegare la facoltà, spettante al creditore, di esercitare le ragioni del debitore, ciò è dovuto al fatto che questa figura di pignoramento serviva a documentare, genericamente, la soggezione del credito all'esproprio forzato, e, in modo più lato, la trasmissibilità del credito e dell'azione per finalità di garanzia (9).

§ 3. - IL PROGRESSIVO SNELLIMENTO DELLA PROCEDURA PER  
PIGNORIS CAPIONEM DI CREDITO, ED IL SUO PRETESO  
LEGAME CON IL SORGERE DELL'AZIONE SURROGATORIA.

Negata l'identità concettuale fra potere del creditore fornito di *pignus captum*, e potere surrogatorio, una parte della dottrina fa però derivare quest'ultima figura da una *semplificazione* della procedura romana di esproprio conseguente alla *pignoris capio nominis*.

Come si è visto pocanzi, la teoria che identifica *pignoris capio nominis* e surrogazione del creditore è stata criticata,

---

dotto il pegno su crediti (più antico della *pignoris capio*). Tale pegno si realizzava mediante una cessione. Su ciò vedi oltre, §§ 3 e 4.

(9) Tracce evidenti di questa identificazione fra principio dell'esercizio del diritto del debitore, e trasmissibilità del credito per fine di garanzia si trovano in quegli autori, successivi alla codificazione francese, secondo i quali:

a) l'art. 1166 costituirebbe null'altro che un'eccezione al principio *nemo alteri stipulari potest*, contenuto nell'art. 1165 (cfr. per tutti DELVINCOURT, *Institutes* cit., p. 268; e nota come tali autori avessero dalla loro la significativa espressione « néanmoins », con cui l'art. 1166 inizia!);

b) l'applicazione normale dell'art. 1166 sarebbe data dall'ipotesi, in cui il debitore dia al creditore mandato di perseguire il terzo (MOURLON, *Répétitions* cit., n. 1170 e seg.);

c) l'esercizio di diritti previsto dall'art. 1166 sarebbe un atto esecutivo, in tutto equivalente al pignoramento di credito e di azione (LABBE', *Exercice* cit., ed i suoi seguaci).

fra l'altro, perchè il procedimento contro il terzo obbligato veniva condotto, per diritto romano, da un curator; o perchè la pignoris capio nominis presupponeva l'inutile escussione mobiliare ed immobiliare del debitore. E' logico, pertanto, attendersi che questi stessi critici riconoscano la presenza dell'azione surrogatoria là dove l'esecuzione forzata su credito prescinda da tali formalità.

Orbene, nel medio evo, a partire da una certa epoca, le formalità in esame vennero, ad una ad una, abbandonate. Più precisamente, intervennero le seguenti innovazioni:

a) La previa escussione mobiliare ed immobiliare del debitore non fu più richiesta (1).

b) La vendita o la riscossione del credito fu operata dal creditore, anzichè da funzionarii (2).

c) Il pignoramento (così almeno insegna la comune dottrina) cessò di essere necessario (3).

---

(1) Vedi citati passi di GUIDO PAPA, CUIACIO e ANTONIO FABRO in ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 770; ed un passo di IMBERT, in CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 14 nota 5. Tali passi dovrebbero dimostrare che la prassi dei sec. XVI e forse XV contraddiceva sul punto al diritto romano; e che il diritto francese consuetudinario, a sua volta, se ne discostava. Contra però DE OLEA, *De cessione* cit., IV, n. 8; MERLINO, *De pignoribus* cit., li. II, ti. I, qu. XXX, n. 29 e 38 (inopportunamente citato per la tesi opposta dallo ZUCCONI, op. cit., p. 774, il quale si è lasciato trarre in inganno da un'espressione contenuta nel n. 22 della medesima questione); PEREZIUS J. C., *Praelectiones* cit., I vol., in lib. IV, XV; DEL CASTILLO, *Repertorium* cit., li. 4, cap. 61, n. 81; MORNAC, *Observationes* cit., IV, XV, IV, e inoltre tutti gli autori ricordati dal GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 266. Come si vedrà oltre, anche per diritto romano il requisito in esame non era richiesto quando si trattasse di pegno convenzionale. Taluni dei passi invocati a favore di una pretesa innovazione operata dagli autori del diritto comune si riferiscono in verità al pegno convenzionale.

(2) Tutti gli autori del diritto comune parlano senz'altro del creditore che si rivolge al terzo. Il dato indicato nel testo è assolutamente pacifico.

(3) LABBE', *Exercice* cit., dall'inizio a p. 214; GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 266. Quest'affermazione è eccessiva. Il passo di DONELLO, cit. da LABBE', suggerisce semplicemente di ricorrere al pegno convenzionale per raggiungere quegli effetti, per cui il pignoramento giudiziale è insufficiente; i passi di DUPARC POUILLAIN e degli altri aut. fran-



d) Il requisito della confessione del terzo venne meno, salva, in un primo tempo, la nomina di un curator destinato a promuovere il giudicato, perseguendo il terzo mediante un'azione di cognizione (4).

e) Anche il curator, in un secondo tempo, fu abolito (5).

La successione cronologica delle varie innovazioni viene ricostruita in modo diverso dai varii autori. Per quanto riguarda le innovazioni sub c) e successive, non è nemmeno pacifico se abbiano avuto luogo per un fenomeno (diciamo così) interno, di semplificazione della procedura esecutiva, o se esse costituiscano un effetto della generalizzazione dell'obligatio bonorum del debitore.

Talune di queste innovazioni (considerate a sè, prescindendo cioè dalla obligatio bonorum) vengono messe in relazione con l'origine dell'azione surrogatoria, o almeno con la creazione di un precedente di questo istituto (6).

---

cesi ivi citt. sono evidentemente influenzati dalla ipoteca generale spettante al creditore.

Quanto al GIORGI, egli non motiva la sua opinione, che probabilmente si è fondata sulla dottrina del LABBE'.

(4) Questa soluzione è additata dalla GLOSSA a C. 4, 15, 2: « Quid si (debitor debitoris) negat? respondeo: dabitur curator bonis qui actiones moveat et exerceat ».

Tuttavia, anche in epoca più recente, si ritornò a parlare del requisito della confessio (ad es. MORNAC, *Observationes* cit., IV, XV, IV).

(5) Vedi in BALDO, *Commentaria* cit., ad C. 4, 15, 2, l'inciso: « ..et poterit ipsemet creditor esse curator... ». La nostra dottrina afferma che in seguito il creditore esercitò ipso iure le facoltà riservate al curatore (cfr. ZUCCONI, op. cit., p. 769, e dietro di lui CICU, op. cit., p. 90, e D'AVANZO, op. cit., p. 15 e sgg.). I passi invocati dallo ZUCCONI a suffragio della tesi non provano nulla: infatti egli cita DONELLO, il quale non riconosceva al creditore alcun potere di procedere contro il terzo (le espressioni di DONELLO riferite dallo ZUCCONI concernono il pegno convenzionale!); ed un passo dello STRIKIO, il quale non tocca propriamente il punto in esame.

(6) Secondo qualche autore, l'azione surrogatoria (ovvero l'esercizio dei diritti del debitore) sarebbe sorta quando furono aboliti: l'intermediazione dei funzionarii incaricati della realizzazione del diritto di credito espropriato, ed il presupposto della pignoris capio (rimanendo invece in piedi i requisiti della condanna del debitore, della sua inutile escussione, e della confessione del terzo). Vedi in questo senso:

Per negare ogni possibile accostamento fra procedura esecutiva romana semplificata ed azione surrogatoria moderna, sarebbe sufficiente ricordare che la prima importò pur sempre un potere esclusivo del creditore, fondato sul pignoramento (7); e la conseguente inopponibilità al creditore di ogni atto di disposizione successivamente compiuto dal debitore.

Ma si può spingere l'indagine oltre, per vedere quale sia stata la funzione storica della semplificazione della procedura esecutiva avente ad oggetto un credito od un'azione.

A questa particolare domanda si deve rispondere con le parole stesse dello Zucconi, secondo cui in quest'epoca «le

---

DEMOGUE, *Traité* cit., t. VII, p. 300; GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 266; CASTELLINI, *Azione surrogatoria* cit., p. 10. Così già LABBE', *Exercice* cit., secondo cui, peraltro, sarebbe caduto anche il requisito dell'escussione.

Secondo altri autori, la semplificazione dell'esecuzione romana su credito (dovuta all'abolizione della previa escussione e dell'intermediazione del funzionario, al venir meno del requisito della confessio del terzo ed all'eliminazione del curator destinato a perseguire il terzo con un giudizio di cognizione) creò solo un antecedente storico della surrogatoria, o, tutt'al più, un'azione surrogatoria speciale, mentre l'azione surrogatoria come istituto di portata generale sarebbe dovuto all'interferenza della semplificazione in esame con l'istituto della ipoteca generale. Cfr. FERRARA, *Natura giuridica* cit., p. 141 (che trascura l'abolizione della confessio del terzo e le sue ulteriori conseguenze); ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 768 a 770, che insiste su tutti quattro i passaggi; CICU, *Obbligazione* cit., p. 90 e D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 15 (che però non insistono sull'abolizione del requisito dell'escussione). Lo ZUCCONI ed il CICU considerano l'azione di cognizione che il creditore intenta contro il terzo come un'azione surrogatoria a portata limitata (come incidente di esecuzione).

Il CANTONI presenta la semplificazione in esame (però negando il venir meno della previa escussione del debitore, almeno in questa fase) come uno dei passi attraverso a cui si prepara la futura azione surrogatoria. Egli però considera l'istituto della obligatio bonorum (da lui tenuta distinta dall'ipoteca generale) anteriore a questa semplificazione; pertanto, nel suo sistema non è possibile ricostruire gli effetti dello sviluppo storico considerato nel testo, separati dalle complicazioni portate dall'obligatio bonorum.

(7) La teoria secondo cui, per diritto comune, il creditore fu dispensato dal ricorrere al pignoramento, non è accettabile (cfr. retro, nota 3). Sul venir meno del requisito del pignoramento come conseguenza dell'ipoteca generale, cfr. oltre nel testo.



due specie di pegno convenzionale e in causa iudicati cap-  
tum vengono quasi ad equivalersi » (8).

Questa proposizione si giustifica pienamente, perchè il cre-  
ditore titolare di pegno di credito ebbe sempre, fin dal sor-  
gere dell'istituto (e cioè fin dall'epoca romana classica) (9), il  
potere di perseguire senza intermediazione di funzionarii il  
terzo obbligato (10), nè si dovette mai sottoporre all'eccezione  
di previa escussione.

Ma allora, se il *pignus nominis captum* in tanto può co-  
stituire un precedente del fenomeno surrogatorio in quanto  
si è dapprima ridotto allo schema di un *pignus nominis da-  
tum*, e se è vero che il pegno convenzionale di credito deter-  
minò in ogni epoca una situazione assai più simile alla si-  
tuazione surrogatoria, di quanto non lo fosse il potere del  
creditore munito di *pignus nominis captum*, non sarebbe in  
ogni caso più opportuno far risalire i precedenti del nostro  
istituto al pegno convenzionale, anzichè al pignoramento ro-  
mano giudiziale?

La risposta a questa domanda è necessariamente posi-  
tiva (11); con la conseguenza che tutte le ricerche della co-

---

(8) ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 770. Si ricordi che nel sec. XVI  
DONELLO (ad Cod. 4, 15, 2) suggeriva di ricorrere al *pignus datum* an-  
zichè al *pignus captum* quando il terzo non fosse confesso.

(9) Non inganni in contrario la comune affermazione, secondo cui i  
classici non conoscevano altro pegno che quello su cosa corporale. Que-  
sta affermazione, infatti, non viene riferita al *pignus nominis* nè al  
*subpignus*, che vengono considerati come forme di cessione parziale o  
condizionale di credito o del diritto di pegno (cfr. ARANGIO RUIZ, *Isti-  
tuzioni* cit., p. 267).

(10) Il creditore pignoratizio poteva certamente agire per la riscos-  
sione, (arg. ex C. 8, 16, 4; la dottrina è pacifica) mentre non è certo  
se potesse vendere. Su questo secondo punto le fonti sono tutte con-  
trovertibili (vedi WINDSCHEID, *Pandette*, § 239, ed ivi citazioni della  
dottrina tedesca comune).

(11) Si può notare come il CICU, *Obbligazione* cit., p. 90, affermi  
dapprima che il « germe storico della surrogatoria » sta nel pegno di  
credito; e che solo in seguito (p. 91) lo stesso autore prenda invece le  
mosse (meno opportunamente, secondo il mio punto di vista) dal pigno-  
ramento giudiziale.

mune dottrina sul *pignus nominis in causa iudicati captum*, e sulla sua successiva evoluzione, sono perfettamente inutili e fuori tema in una indagine storica relativa all'origine dell'azione surrogatoria.

§ 4. - LA IPOTECA GENERALE, E LA PRETESA AZIONE SURROGATORIA GENERALE DEL DIRITTO COMUNE.

Un insegnamento oramai recepito nella dottrina italiana vuole che, una volta giunta alla sua perfetta semplificazione la vecchia procedura romana di esecuzione sui crediti, tale procedura abbia risentito il contraccolpo di un nuovo fondamentale istituto, e cioè dello strumento guarentigiato, che attribuisce al creditore esecuzione parata ed ipoteca generale sui beni del debitore (1). In virtù di tale nuova istituzione il creditore avrebbe potuto esercitare le azioni del debitore contro qualsiasi terzo, senza bisogno di sottoporre a pignoramento il singolo diritto fatto valere, nè di ottenere la condanna del debitore, nè di attendere la scadenza del debito principale: con il risultato che il procedimento da lui esperito avrebbe acquistato attitudine ad una duplice funzione: esecutiva, o conservativa, a seconda dei casi (2).

Il diritto di garanzia del creditore avrebbe a sua volta portato, come logica e necessaria conseguenza, la sua legittimazione all'esercizio di tutte quelle azioni che si rendono ne-

---

(1) Così soprattutto ZUCCONI, *Origine* cit., p. 773, seguito dal FERRARA, *Azione* cit., loc. ult. cit.; CICU, *Obbligazione* cit., loc. ult. cit.; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 16 e sgg. Il CANTONI, con qualche maggior rispetto della cronologia, antepone lo sviluppo della obligatio honorum, o garanzia generale convenzionale, alla semplificazione della procedura di esproprio (*Azione* cit., p. 9 e sgg.).

(2) Secondo CANTONI, op. cit., p. 15 e sgg., alle due distinte funzioni corrispose, per un certo tempo, una duplicità di poteri; ma poi questi poteri si fusero ed unificarono di nuovo. Anche quest'ultima vicenda storica non abbisognerebbe, secondo l'aut. cit., di una particolareggiata dimostrazione, in quanto « nell'incontro, nell'assunzione sotto una regola generale, i due principii naturalmente (il corsivo è mio) perdettero le qualità loro caratteristiche » (p. 16, n. 18).



cessarie per impedire un ingiusto depauperamento del patrimonio del debitore (3).

Questa legittimazione sarebbe largamente provata da una massa di passi di autori del sec. XVII (De Olea, Acosta, Gaito, Cancerio, Merlino, ecc.).

Il potere in esame, spettante al creditore, sarebbe un vero potere surrogatorio generale, in tutto simile a quello regolato dai codici oggi vigenti.

Le affermazioni così riassunte non reggono alla critica.

L'ipoteca generale legale (impropriamente chiamata tacita) era largamente utilizzata nel diritto romano postclassico, e non era ignota nemmeno al diritto romano classico (4); nello stesso diritto classico era regolata ed applicata l'ipoteca generale convenzionale (5); tale ipoteca generale copriva tutti i beni dei debitori, ivi compresi i crediti (6); ipoteca generale, pegno generale, obligatio bonorum erano, presso i Romani e nella fase del diritto comune, nomi diversi di un unico istituto (7).

---

(3) CANTONI, op. cit., p. 17; ZUCCONI, op. ult. cit., p. 774; D'AVANZO, op. cit., p. 18.

(4) L'ipoteca generale fu ammessa, per diritto classico, soltanto a favore del fisco (D. 49, 14, 46, 3; C. 8, 14, 1 e 2); poi fu estesa a favore degli incapaci sul patrimonio dei loro tutori e curatori; a favore della moglie sul patrimonio del marito per la restituzione della dote (C. 5, 37, 20; C. 5, 12, 30); ed a varie altre ipotesi (C. 5, 9, 8, 3 e 4; Nov. 7, 3, 2; ecc.).

(5) Vedi D. 20, 1, 6; C. 8, 16, 9; D. 20, 1, 15, § 1; C. 7, 73, 3. La molteplicità dei problemi trattati dalle fonti in tema di interpretazione dell'espressione « Omnia quae habeo habiturusve sum » ci lasciano intendere che l'istituto era di frequente applicazione.

(6) C. 8, 16, 4.

(7) Ad alcuni studiosi della storia del nostro istituto difettò perfino questa elementare nozione. Si vedono menzionati, quali « studiosi dell'istituto francese dell'obligatio bonorum », scrittori francesi perfettamente al corrente dell'identità delle varie figure.

A proposito del *pignus tacitum omnium bonorum*, di cui parla Cuiacio, si legge che « siffatto istituto era conosciuto col nome... di obligatio bonorum e che un notevole parallelismo esiste fra essa e l'ipoteca generale quale nella sua evoluzione si era venuta formando nel diritto romano » (CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 13; il corsivo è mio).

Il creditore titolare di pegno generale era titolare di un diritto di pegno sulle cose e sui crediti presenti nel patrimonio del debitore. Egli aveva, su tali cose e crediti, diritti non maggiori e non minori di quelli spettanti ad un comune creditore pignoratizio (8). Se questa premessa è esatta, non si vede ancora come l'ipoteca generale abbia dovuto produrre, proprio nel sec. XVII, un'azione surrogatoria (nuova rispetto ai preesistenti istituti) svolgendola dal precedente pegno (o pignoramento, che fosse) di credito.

Se il titolare di pegno speciale su cosa o su credito non era titolare di un potere surrogatorio relativo alle azioni poste a tutela dei diritti reali o dei crediti, non si vede perchè il titolare di un pegno generale gravante su tutte le cose ed i diritti del debitore abbia dovuto godere di un diverso trattamento.

Cade così la tanto decantata necessità logico-storica che, una volta istituita la ipoteca generale derivante dagli strumenti guarentigati, ne derivasse automaticamente il rimedio conservativo dell'azione surrogatoria generale (9).

---

(8) « Il pegno su un patrimonio si riduce a tanti pegni sulle singole unità patrimoniali ». (PEROZZI, *Istituzioni* cit., I, p. 824, nota 1).

(9) Vedi le affermazioni, sintomaticamente enfatiche, di vari autori: « A che pro obbligare tutti i beni del debitore al creditore, se quello, trascurando l'esercizio dei suoi diritti, rende nulla la garanzia? in tal caso è necessario quindi che il creditore possa di per sé far valere tutti i diritti del debitore » (CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 17).

« Coll'ipoteca generale sorge a favore del creditore un vincolo generale sui beni tutti del debitore. Questo vincolo sarebbe illusorio se non si permettesse al creditore di intervenire con la propria azione a reintegrare il patrimonio su cui vanta un diritto reale. Quindi la facoltà di agire sui nomina et iura, non solo esecutivamente per pagarsi, vendendoli o esigendoli, ma anche conservativamente, per evitare la perdita, esercitandoli, in luogo e per conto del debitore » (ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 774).

« Se non poteva disconoscersi il diritto dei creditori ad avere un pegno generale sui bona nomina et actiones spettanti al loro debitore, non poteva negarsi la facoltà di esercitare essi stessi i diritti e le azioni del debitore per il raggiungimento dello stesso scopo cui tendeva quella garanzia generale. La connessione tra questa e la surrogatoria non po-



Invero, se tale necessità logico storica fosse tanto evidente, l'azione surrogatoria sarebbe coeva della stessa ipoteca generale romana (10), e se ne ritroverebbe l'applicazione in tutto il territorio ed in tutte le epoche in cui ebbe applicazione il diritto comune (11). E, si aggiunga, nello stesso sec. XVII non avrebbe dato luogo a tutte le difficoltà e le esitazioni che,

---

trebbe a nostro avviso essere più evidente » (D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 18).

(10) Le fonti romane tacciono dei poteri spettanti al creditore in costanza di ipoteca generale, finchè il credito generale non è scaduto. Certo, lo jus vendendi non si esercitava avanti alla scadenza, e lo jus possidendi (quanto alle cose materiali) non era concesso in base al *pignus omnium bonorum*. Il problema sorge per i crediti venuti a scadere nel frattempo, oltrechè per le varie azioni (specie se temporanee), e sorge, infine, per i diritti di ogni genere, usciti dal patrimonio del debitore prima della scadenza del debito principale (nega il diritto di seguito PEROZZI, *Istituzioni* cit., I, p. 824, nota 1, ma senza motivare; per la tesi opposta, con sufficiente dimostrazione, SERAFINI, *Istituzioni* cit., § 9 in fondo). Vedi nella nota seguente come questi problemi si siano ripresentati agli autori germanici del tardo diritto comune.

(11) Mentre gli scrittori germanici del diritto comune si limitarono a discutere:

se, in costanza di ipoteca generale, e prima della scadenza del debito principale, gli oggetti materiali dati a pegno possano essere perseguiti con l'azione ipotecaria in caso di pericolo di perdita (sul punto, la bibliografia è ampia, e si propende per l'affermativa. Vedi per tutti MÜHLENBRUCH, *Cession* cit., p. 526);

se il creditore titolare di pegno su credito singolo potesse effettuare la denuntiatio prima della scadenza del debito principale (per l'affermativa tanto DERNBURG, *Pfandrecht* cit., p. 512, quanto MÜHLENBRUCH, *Cession* cit., p. 526);

se il creditore munito di pegno generale godesse dello stesso potere nei confronti dei *debitores debitoris* (per la negativa DERNBURG, op. loc. cit., in base alla presunta intenzione delle parti che hanno costituito la garanzia);

se, dopo la scadenza del debito principale, il creditore procedente debba limitare le denuntiationes rivolte ai *debitores* a quanto si renda necessario per la concreta garanzia del suo credito; o se possa cautelarsi per un ammontare maggiore (per l'affermativa MÜHLENBRUCH, op. loc. cit., per ragioni di equità e di scopo dell'istituto; contra DERNBURG, op. loc. cit.).

Come si vede, la protezione del creditore ipotecario prescindeva da qualsiasi apparato a sfondo surrogatorio.

come si vedrà tra breve, la stessa opinione comune rintraccia in De Olea e negli altri scrittori (12).

In definitiva, nessuna imprescindibile necessità costringe lo storico ad abbinare l'idea del pegno generale con l'idea di un potere surrogatorio del creditore, suscettibile di esercizio prima e dopo la scadenza del debito principale. La teoria, secondo cui il diritto comune avrebbe conosciuto l'azione surrogatoria, deve quindi essere vagliata mediante un'analisi delle fonti.

In proposito viene citato, come simbolo dei nuovi tempi, il seguente inciso di Merlino: « ex ipsa bonorum obligatione competere utilem personalem actionem contra debitorem debitoris ex persona ipsius obligantis » (13). Ma questo inciso deve essere collocato nell'insieme del passo, nel quale, a poche righe di distanza (14), si precisa che tale spettanza dell'azione al creditore presuppone la condanna del debitore principale, l'infruttuosa escussione del suo patrimonio, e la confessione del terzo. L'effetto dell'obligatio bonorum si manifesta quindi solo dopo la condanna. L'opinione del Merlino, come quella

---

(12) Nè si obietti che lo strumento guarentigiato differisce dalle fattispecie romane, in quanto produce l'effetto della esecuzione parata. A tale obiezione si dovrebbe infatti replicare:

— in primo luogo, che il DE OLEA, il CANCERIO, e gli altri autori che avrebbero tramandato le prime applicazioni dell'azione surrogatoria non si riferiscono certo ad un creditore assistito da uno strumento produttivo di esecuzione parata;

— che l'istituzione dello strumento guarentigiato importa, se mai, una moltiplicazione dei titoli esecutivi riconosciuti dal diritto, ma non incide sulla struttura dei poteri riservati al creditore munito di tale titolo.

Si osservi che l'obiezione, di cui si è dato carico nella presente nota, non è affacciata in questi termini da alcuno degli studiosi dell'azione surrogatoria; tuttavia qualche autore tende a mettere in relazione il vigore, che si attribuisce all'ipoteca generale, con gli ulteriori effetti degli strumenti guarentigati (CICU, *Obbligazione* cit., p. 91, e altri).

(13) ZUCCONI, *Origine* cit., p. 775. Il passo di MERLINO è tratto da *De pignoribus* cit., lib. II, qu. 30, n. 22.

(14) Al n. 29 dello stesso passo.



dei suoi contemporanei (15), era più rigorosa di quanto non comportasse il diritto romano, il quale dispensava il titolare di pegno (singolo o generale) dall'escussione, e dal requisito della confessione del terzo. Si è che nel sec. XVI si era ristretta la tutela del creditore applicando, anche al pegno generale, talune regole del *pignus captum*, anzichè le più comode regole del pegno convenzionale (16).

L'insegnamento del Merlino si riduce all'affermazione che *dopo la condanna del debitore* l'azione trapassa dal debitore al creditore *ex ipsa obligatione bonorum*, cioè senza bisogno di cessione. Questa affermazione consente di contrapporre Merlino al De Olea, secondo il quale le azioni non trapassano *absque cessione*. Si è voluto vedere nell'insegnamento del Merlino una vistosa innovazione. In realtà, per diritto romano, il pegno generale, ove avesse ad oggetto anche crediti od azioni, trasferiva senza ombra di dubbio, non diversamente dal pegno speciale, l'azione dal creditore al debitore, (17) con efficacia dal momento della *denuntiatio* (la quale peraltro doveva aver luogo, secondo una sensata congettura, solo dopo la scadenza dell'obbligazione principale) (18).

Se nel diritto comune si prese a credere nella necessità della cessione (19), questa nuova idea deve essere considerata come un affievolimento della vecchia efficacia dell'*obligatio bonorum*. Vedere un'innovazione nel concetto opposto (della non necessità di tale cessione) costituisce un vero errore. Il nuovo requisito della cessione fu dovuto forse ad una più ri-

---

(15) PEREZIUS, *Praelectiones* cit., I vo., in lib. IV, XV, DEL CASTILLO, *Repertorium* cit., lib. 4, cap. 61, n. 81; ecc.

(16) Vedi criticata questa erronea applicazione delle regole romane in DERNBURG (*Pfandrecht* cit., p. 513), che la vedeva approvata in A. FABRO ed in varii autori germanici recenti.

(17) Vedi retro, note 8 e 10; e cfr. C. 8, 16, 4, ben esplicito sul punto.

(18) Vedi retro; nota 11.

(19) DE OLEA, *De cessione* cit., loc. ult. cit.; però con temperamenti (non si chiede la cessione se il debitore è assente o ricusa di effettuarla); ACOSTA, *De privilegiis* cit., ma con temperamenti (non si chiede la cessione, se il debitore è fallito); e varii altri autori.

gida equiparazione fra pegno di cose e di credito (il pegno di cosa, com'è noto, non importa cessione) (20).

Si può quindi dire che nel sec. XVII sono rappresentate due tendenze: quella fedele ai principii romani, che riconnette il trapasso del potere di azione al pegno seguito dalla scadenza dell'obbligazione principale, e dalla denuntiatio; e quella innovatrice (involutiva), che esige, dopo il pignoramento, un'apposita cessione convenzionale di azione (21).

Manca qualsiasi prova che questo atto di cessione con finalità di garanzia si praticasse prima della scadenza del debito principale (22): ma, se anche si fosse praticato in tale momento, esso avrebbe avuto il carattere di un *trasferimento* pro solvendo, e non già, di un modo di legittimazione del creditore all'esercizio di diritti *altrui* (23). Qualsiasi promiscuità

---

(20) A. FABRO, in *Codex cit.*, li. IV, ti. X, def. II, p. 300, ammette che il pegno (generale o speciale) su credito determini trasferimento di azione utile. Nel li. VIII, ti. XIV, def. 1 (p. 927) chiarisce però che, secondo la sua personale opinione, il creditore dovrebbe esperire contro il terzo l'azione ipotecaria; e dice di acconciarsi all'insegnamento opposto solo in quanto lo vede costantemente accolto dal Senato piemontese. Secondo DE OLEA (op. cit., ti. IV, qu. IV, n. 38) il creditore ipotecario può solo distrarre il credito, ma non può riscuoterlo (trannechè gli siano stati consegnati i documenti del credito o ceduta l'azione, n. 39). Egli presenta quest'ultima opinione come preferita dai pratici, mentre quella opposta sarebbe preferita dai teorici.

(21) Il CANTONI (op. cit., p. 15 e seg.), in presenza delle due correnti di cui nel testo, sembra credere che il creditore potesse liberamente scegliere l'uno o l'altro dei rimedii consigliati dai due diversi gruppi di autori; ed attribuisce alle due procedure distinte funzioni (esecutiva per l'uno, e conservativa per l'altro).

(22) Come vorrebbe invece, in modo affatto gratuito, lo ZUCCONI, op. loc. ult. cit. In generale, la cessione può avvenire in qualsiasi momento, in base ai principii generali. Ma nel testo mi riferisco alla cessione di cui si occupa il DE OLEA nei passi citati, ossia alla cessione coatta, ed eventualmente fittizia, a scopo di garanzia (dico « coatta ed eventualmente fittizia » perchè in caso di rifiuto del debitore il negozio si aveva per avvenuto).

(23) Addirittura priva di senso mi sembra l'obiezione mossa dallo ZUCCONI, op. cit., p. 777, secondo cui « posto anche che una cessione fosse stata... necessaria, essa si riduceva a null'altro che ad una cessione dell'esercizio dell'azione, ad una autorizzazione ad agire ».



di poteri fra creditore e debitore è estranea al diritto dell'epoca, ed ogni affermazione apparentemente contraria, reperibile negli autori, costituisce un'enfatica enunciazione verbale, la quale, non appena se ne accerti con qualche cura l'ambito e la portata, si svuota di contenuto, per ridursi al generico principio romanistico sull'astratta assoggettabilità del credito e dell'azione alla procedura esecutiva di esproprio (24).

In definitiva, il sec. XVII (almeno alla stregua dei passi e

---

(24) Le tre enunciazioni più adatte a fuorviare lo storico risalgono a DE OLEA, MERLINO ed ACOSTA.

Il primo riporta da autori precedenti la nota enunciazione « facultates et iura quae competunt debitoribus communia esse eorum creditoribus, posseque ad suum commodum ex personis debitorum utiles eorum actiones exercere » (*De cessione* cit., ti. IV, qu. III, n. 32), ma si affretta ad aggiungere: « id namque intelligendum est, facta per debitores cessione ».

Un altro passo oscuro si trova nel ti. IV, qu. IV, n. 35, dove si legge l'inciso (destinato a chiarire il punto di vista di altri autori, dei quali egli non condivideva l'opinione): « ...ut si creditor et debitor ad exigendum concurrunt, potior sit causa creditoris ». Lì per lì si potrebbe pensare a soggetti, muniti di legittimazione concorrente. Il richiamo a D. 13, 7, 18 fa vedere chiaro che qui si tratta di un vero conflitto fra il potere di azione civile del creditore cedente a titolo di pegno, e l'eccezione pretoria concessa al terzo. A Roma, come si è osservato, il potere di eccezione derivava dallo stesso pegno, mentre DE OLEA esige un'apposita cessione. Gli autori da lui criticati concedono l'azione al creditore (e l'eccezione al terzo) secondo i requisiti ordinariamente richiesti da ognuno di essi (ad es. per MERLINO, citato male da DE OLEA, occorreva condanna del debitore, sua confessione, e sua escussione; per A. FABRO, occorreva cessione e notifica; e così via).

Del MERLINO mi sono già occupato (sopra, p. 20 nel testo). Egli afferma « ex honorum obligatione competere utilem personalem actionem contra debitorem debitoris ex persona ipsius obligantis » (*De pignoribus* cit., li. II, qu. 30, n. 22), ma poi aggiunge che quest'effetto si realizza solo quando il debitore sia condannato ed escusso, ed il terzo sia confessò (n.i sgg., soprattutto n. 38).

L'ACOSTA, nell'affermare che i creditori possono esercitare le eccezioni del debitore anche contro la sua volontà, motiva con un altisonante « tum quia non debet esse in facultate debitoris fraudare creditorem, neque illius renuntiatio creditoribus nocere debet » (*De privilegiis* cit., n. 94). Ma, come si vedrà oltre, tanto quel potere di esercizio del creditore, quanto la repressione dell'inerzia del debitore, debbono intendersi limitati all'ipotesi di conflitto fra più creditori.

delle circostanze finora prese in esame) non fece passi in avanti verso un'azione surrogatoria generale, o verso una legittimazione del creditore all'esercizio delle azioni del debitore: la garanzia del creditore si realizza pur sempre attraverso allo ius vendendi, alla cessione convenzionale (spontanea o coatta) di azione o di diritto, od al trasferimento legale dei relativi poteri (25), giustificati da un pignoramento convenzionale (sia pure, tacito), o forzato.

§ 5. - L'ECCEZIONE SURROGATORIA TRA CONCREDDITORI NEL DIRITTO COMUNE, E IL SUO PRETESO CARATTERE INNOVATIVO.

Dopo aver negato la pretesa necessità logica del legame fra obligatio honorum ed azione surrogatoria, e dopo aver negato che determini passi degli scrittori dei secc. XVI e XVII (solitamente invocati dagli storici) affermassero in modo generale il potere surrogatorio del creditore, restano da considerare gli altri passi, contenenti i singoli esempi di poteri esercitati dai creditori.

Gli studiosi ricordano a questo titolo l'esercizio di una facoltà, che nulla ha a vedere con l'oggetto di un potere surrogatorio, e cioè il pagamento del canone enfiteutico dovuto dal debitore (1); ed inoltre ricordano la proposizione di nu-

---

(25) Naturalmente, l'azione ceduta non poteva essere se non un'actio utilis, in base ai principii del diritto romano e comune. Si può consentire con l'affermazione che tale distinzione corrisponda ad un mero verbalismo. D'altronde questo verbalismo può spiegare la locuzione « esercizio di diritti altrui », riferita all'esercizio del cessionario.

(1) Vedi questo esempio in ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 775 in fondo, CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 16. La facoltà del creditore, di pagare il canone pel debitore, viene riconosciuta dal DE OLEA, *Cessione* cit., ti. IV, qu., III, n. 23, MERLINO, *De pignoribus* cit., li. IV, qu. LXXVI, n. 8 e sgg., ecc. Accade di veder citato in questo senso anche SURDUS, *Decisiones* cit., CLXXIV, n. 32, il quale dice esattamente l'opposto: egli, pur ammettendo con larghezza l'efficacia del pagamento del terzo, esclude la legittimazione del terzo a pagare il debito enfiteutico



merose eccezioni. Questi poteri del creditore vengono presentati come una prova del pieno accoglimento del principio surrogatorio nel diritto comune. Si rileva (quasi a titolo di curiosità) che il De Olea (ammettendo il creditore all'esercizio delle eccezioni del debitore *absque cessione*) fa all'eccezione un trattamento opposto a quello riservato al diritto ed all'azione; tuttavia si minimizza la differenza in esame (2).

Bisogna invece mettere in evidenza, in primo luogo, che tutti i poteri dei debitori, suscettibili di esercizio da parte dei creditori senza previo trasferimento legale o convenzionale, menzionati dagli autori noti agli storici dell'istituto, consistono nel proporre eccezioni (non potendo essere ridotta ad un vero potere la facoltà di pagare il canone enfiteutico). Bisogna aggiungere che tutti gli autori citati dagli storici contrappongono con chiarezza estrema l'univoca legittimazione all'azione (che deve essere esercitata, prima del trasferimento, dal suo titolare originario, e, dopo il trasferimento, dal cessionario convenzionale o legale) e la doppia legittimazione del creditore e del debitore alla proposizione dell'eccezione, con piena coscienza che tale contrapposizione è solidamente fondata nella tradizione giuridica. Bisogna infine prender nota che tutti gli autori citati limitano il potere surrogatorio all'ipotesi di conflitto fra i diversi creditori ed aventi diritto, i quali si contendono reciprocamente il diritto di partecipare all'esecuzione sui beni del debitore, o di sottrarre all'esecuzione, mediante revindica, i beni posseduti dal debitore. Ciò

---

(ciò, per non pregiudicare il diritto del concedente alla ricognizione).

Viceversa, si trascura di citare il SALGADO, *Labyrinth* cit., IV, I, n. 27 e sgg., il cui pensiero è particolarmente interessante per la chiara presa di posizione sulla qualifica dell'« *actus solvendi domino* » quale « *actionem intentare* ».

(2) Cfr. ad es. la disinvoltura dello ZUCCONI, *Origine* cit., p. 30: « I creditori, in pratica, avranno trovato assai agevolmente il modo di giustificare la loro azione facendo divenir regola quell'esercizio *absque cessione* che dovrebbe essere stato semplice eccezione ».

vale per De Castro (3), Rodriguez Am. (4), Acosta (5), Cancerio (6), Del Castillo (7), Gaito (8), De Olea (9), Tonduto, per la

(3) DE CASTRO P., *Commentaria* cit., ad C. 4, 30, 15: in sede di concorso, sono proponibili dai creditori le eccezioni, ma non le azioni, spettanti al debitore. Così lo interpreta anche SALGADO (*Labyrinthus* cit., IV, 1, 14), sulla base del *Comm.* in l. 1 C. de fisc. vel privat. Il BRUNNEMANN ricostruisce il pensiero del DE CASTRO in modo alquanto diverso, cfr. *Commentarius* cit., in C. 4, 30, 15; egli ritiene che il DE CASTRO abbia concesso al creditore concorrente anche un'azione concursuale surrogatoria: facendo dire al DE CASTRO ciò che dirà invece, più tardi, il SALGADO (su ciò vedi oltre).

(4) RODRIGUEZ A., *Tractatus* cit., P. I, art. I, p. 204 e sgg.

(5) ACOSTA, *De privilegiis* cit., praef. ad reg. I, n. 94 e sgg.: vedi la contrapposizione tra personalità dell'azione ed esperibilità ad opera del creditore delle eccezioni spettanti al debitore al n. 99; e l'esemplificazione dei diversi tipi di conflitto, in cui tali eccezioni possono essere sollevate, ai n. 100, 101, 102.

Altri passi dello stesso autore contengono solo apparentemente un riferimento ad un esercizio surrogatorio di diritti. Cfr. infatti reg. 3, lim. 3, n. 59 e sgg., dove in realtà si discute se determinate addizioni, successive al pignoramento, formino o meno oggetto del diritto derivante dal pignoramento: in ogni caso, del resto, la lite si svolgeva fra un creditore ipotecario ed un altro pignoratizio; cfr., anche più evidentemente, reg. 1, amp. 4, n. 30 e seg.; reg. 3, amp. 28 (che talora si vede cit. come 25), n. 73.

(6) CANCERIO, *Variarum* cit., I, cap. XVI. Ivi, elencando le eccezioni al principio che nessuno può far valere un diritto altrui senza averne il mandato, aggiunge che tuttavia il creditore può sollevare eccezioni contro un altro creditore « in causa aggradiationis bonorum debitoris »; e ivi richiama C. 4, 30, 15, per aggiungere che, se anche tale passo parla della sola exceptio non numeratae pecuniae, tuttavia lo stesso principio vale per ogni eccezione perentoria.

(7) DEL CASTILLO J., *Repertorium* cit., li. 4, cap. 61, n. 81: « Creditor quilibet potest per viam excipiendi pro jure suae prioris hypothecae comparere, et alium creditorem impedire, etiam non obtenta prius sententia contra suum principalem debitorem, etiam non facta discussione bonorum illius ».

(8) GAITO, *Tractatus* cit., ca. IV, n. 1827; ove si legge che il creditore può sollevare ex persona debitoris l'eccezione non numeratae pecuniae. La limitazione al conflitto fra più creditori è insita nell'intitolazione del quesito XI (ca. IV, introd.), dove si domanda se un creditore possa sollevare l'eccezione in esame nei confronti di un creditore anteriore.

(9) Che DE OLEA ammetta l'automatica estensione delle sole eccezioni è noto. E' forse meno risaputo che sentì il bisogno di riaffermare in modo assai polemico il suo punto di vista in una apposita appendice (ti. IV, qu. III, post n. 9), inserita nelle ultime edizioni del suo *De ces-*



giurisprudenza catalana (10), ecc.

Non è poi esatta la corrente affermazione, secondo cui solo i creditori ipotecarii avrebbero avuto questo potere di sollevare eccezioni.

Gli storici sono stati vittima di un equivoco, dovuto alla seguente circostanza. Per lo più, i conflitti fra creditori avvenivano per iniziativa di un creditore con ipoteca successiva, che cercava di sopraffare un altro creditore con ipoteca anteriore; gli studiosi hanno confuso l'id quod plaerumque accidit con una regola di diritto, e ne hanno tratto nuovo argomento per la derivazione dell'azione surrogatoria dall'ipoteca generale (11).

Si discute se l'esercizio dei poteri del debitore ad opera del creditore, qual'è descritto dagli autori citt., fosse indirizzato al conseguimento del dovuto, od alla semplice conservazione del patrimonio del debitore (12).

La questione sembra oziosa, una volta precisato che tale esercizio di potere si esplicava in caso di conflitto fra più

---

sione cit. per controbattere l'opposta tesi del SALGADO. La lettura di quest'appendice consente di escludere nel modo più rigoroso che per l'aut. cit. il differente trattamento delle azioni e delle eccezioni si riducesse ad un'inezia trascurabile. Egli è cosciente della tradizione istituitasi in tale senso, e la fa risalire al BERTAZOLO.

Anche per DE OLEA l'eccezione ex persona debitoris è limitata all'ipotesi di conflitto fra creditori. Infatti egli indica come proprio modello CANCERIO (ti. IV, qu. III, n. 24), e ne riporta l'inciso, già noto al lettore « adversus alium creditorem in causa graduationis bonorum debitoris »; oltre, (n. 26), egli afferma che i creditori della donna maritata possono impugnare gli atti conclusi fra la stessa ed il marito « si ad bona mulieris concursus sit creditorum ». Negli altri passaggi tale limitazione appare sottintesa.

(10) Vedi notizie sulla prassi del senato catalano in SALGADO, *Labyrinthus* cit., IV, I, n. 14.

(11) Solo il DE CASTILLO sembra alludere in modo generale ed astratto al presupposto dell'ipoteca come requisito per il trapasso dell'eccezione dal debitore al creditore. Nella esemplificazione, richiamano il conflitto fra creditori ipotecarii l'ACOSTA, e talora il DE OLEA. Non effettuano tale richiamo nè il CANCERIO, nè il GARO. Non nomina tale requisito il SALGADO, *Labyrinthus* cit., IV, I, là dove fa un'esposizione (e poi una critica vivacissima) dello stato della dottrina del suo tempo sul trapasso delle azioni e delle eccezioni.

(12) Vedi considerazioni in FERRARA, *Natura giuridica* cit., p. 143.

creditori procedenti in sede concursuale, o in cause di graduazione e di riparto.

Così individuati la portata ed i limiti dell'eccezione surrogatoria fra concreditori, possiamo domandarci se essa abbia rappresentato una notevole innovazione storica, di cui portino il merito gli autori del diritto comune; e se tale innovazione storica costituisca un'importante tappa nell'evoluzione che dovrà portare all'azione surrogatoria generale del diritto moderno.

Contrariamente a quanto si suole ripetere, la risposta deve essere negativa, come si vedrà fra breve.

§ 6. - IL PRECEDENTE DELL'ECCEZIONE SURROGATORIA CONCURSALE NEL DIRITTO ROMANO.

Il diritto giustiniano conosceva l'eccezione proposta in via surrogatoria fra concreditori.

Basti citare, a questo proposito, C. 4, 30, 15 (1). Ivi si suppone che un debitore, a cui spetti l'eccezione non numeratae pecuniae, non la faccia valere (cfr. l'inciso « etiam debitore supersedente eo rimedio uti »). Nel corso di una procedura concursuale, la medesima eccezione potrà essere sollevata:

a) dai creditori che (in virtù del *pignus praetorium*) posseggono i beni del debitore, qualora il sedicente creditore, a cui può essere opposta la eccezione, agisca per ottenere a sua volta il compossesso.

b) dai creditori che, privi del possesso dei beni del de-

---

(1) C. 4, 30, 15: Si cui non numeratae pecuniae competere possit exceptio, etiam eo supersedente tali auxilio uti, vel praesente vel absente, creditores eius possint (sive ipsi conveniantur, utpote res eius detinentes, ab his qui debita eius exigunt, cui competit huiusmodi exceptio vel dotis vel alterius causae nomine, sive contra alios possidentes aliquam actionem ipsi moveant) possint in examinando negotio suis adversariis eandem non numeratae pecuniae exceptionem opponere nec eo prohibeatur, quod principalis debitor ea numquam usus est: ita tamen, ut neque principali debitori neque fideiussori eius aliquid praeiudicium generetur, si is qui eam exceptionem opposuit victus fuit, sed possint illi postea, si conveniantur, intra statuta scilicet tempora eadem se exceptione tueri.

Trattasi di una costituzione giustiniana del 529.



bitore, vogliono agire contro il sedicente creditore già al possesso dei beni.

Il frammento in esame, a sua volta, ha il suo significativo precedente storico nella situazione documentata da D. 43, 4, 1,5 (2).

Con riferimento all'epoca classica, le *eccezioni* mosse vicendevolmente fra più concreditori dell'insolvente secondo D. 43, 4, 1, 5 cit. non possono dirsi sollevate in via propriamente surrogatoria, dato che tali contestazioni non potevano determinare la formazione di un giudicato, nè alcun'altra conseguenza giuridica nella sfera del debitore (3).

(2) Tale frammento, nel regolare gli effetti della *missio in possessionem* pretoria, attribuisce a qualsiasi creditore il mezzo per ottenere e difendere tale possesso. Nel contempo, esso chiarisce che « si ob falsum creditum... missus est in possessionem vel si exceptione summoveri potuit, nihil ei debet prodesset hoc edictum ». Ne deriva che, in questa fase, l'eccezione spettante al debitore giovava indirettamente ad altri, e più precisamente ad un creditore il quale si trovava in conflitto con un altro (preteso) creditore, in quella fase propriamente concorsuale che, come si vedrà fra breve, precedeva l'esproprio.

Nè vi è ragione per ritenere che D. 43, 4, 15 sia interpolato, tanto più che GAIO (IV, 177) fa un chiaro riferimento a conflitti fra creditori, aventi ad oggetto le contestazioni reciproche sul buon diritto a prendere parte agli atti preliminari all'esproprio.

(3) Nell'epoca classica, in via di massima, l'esecuzione concorsuale sui beni avveniva attraverso varie fasi, di cui ci interessano in questa sede: la *missio in possessionem* concessa ai creditori; di poi, l'*emptio bonorum*. L'*emptor* si considerava successore a titolo universale del debitore, e ne pagava i debiti nella misura percentuale prestabilita al momento della *addictio*.

Dopo l'*addictio*, l'*emptor* faceva valere ragioni ed eccezioni del debitore non già in via surrogatoria, ma in via diretta quale successore fittizio. Il debitore era estromesso sia dalle azioni sia dalle eccezioni. I creditori non avevano interesse ad opporsi al riconoscimento (da parte dell'*emptor*) dei crediti spettanti ad altri, poichè questo riconoscimento non valeva a diminuire la percentuale fissata definitivamente nell'*addictio*.

Però, nella fase anteriore all'*addictio*, i singoli creditori avevano qualche potere individuale: soprattutto, potevano chiedere, ottenere, e far valere la *missio in possessionem*. Reciprocamente, potevano resistere al creditore, a cui fosse concessa una *missio in possessionem* in base a titolo viziato. Di qui il passo di GAIO cit. Nel far valere il vizio della *missio in possessionem* altrui, il creditore precedentemente *missus in possessionem* poteva anche far valere le eccezioni che oggi chiameremmo

Un dubbio potrebbe se mai formularsi in ordine alla esperibilità in via surrogatoria delle *azioni* spettanti al debitore. A questo proposito si può infatti ricordare che, in epoca classica, anche dopo che i creditori erano immessi al possesso dei beni, il debitore, fino al momento della *emptio bonorum*, poteva pur sempre agire contro i terzi (D. 42, 3, 3; D. 42, 3, 5; C. 7, 71, 2) (4). Ove fosse provato che in tale fase anche i creditori missi in *possessionem* potevano esperire le medesime azioni, si riconoscerebbe la presenza di una legittimazione concorrente fra creditore e debitore. La questione ora enunciata deve essere però risolta in modo negativo (5).

sostanziali (all'infuori, però, di un regolare giudizio, e senza possibilità di promuovere la formazione del giudicato; l'eccezione serviva a scagionarlo dall'illecito consistente nel resistere ad altro creditore *missus in possessionem*).

Gli effetti dell'eccezione erano dunque ben diversi, a seconda che l'eccezione stessa fosse invocata dal *missus in possessionem*, o sollevata dal debitore (a cui si può equiparare il *bonorum emptor*). Si può dire che i passi esaminati concedevano al *missus* il potere di tutelare la propria detenzione (o possesso che fosse; la questione è controversa), ma non già la sfera giuridica del debitore.

(4) L'autenticità di questi frammenti è provata dal SOLAZZI, *Concorso cit.*, II, p. 68 e sgg., sulla base di alcuni passi dell'orazione ciceroniana pro Quinctio, che ci tramanda, fra l'altro, l'inciso di un editto pretorio.

(5) E' pacifico che il *missus* non avesse l'onere di promuovere liti per acquistare i beni alla massa (D. 42, 5, 13, secondo cui, quando è difficile ai creditori ottenere il possesso di un bene, o non è possibile ottenerlo « *sine controversia* », il possesso si finge; in questo senso SOLAZZI, *Concorso cit.*, II, p. 10, e ivi altre citazioni).

E' però discusso il punto reciproco: aveva il singolo *missus* il potere di agire contro il terzo? La questione viene posta dagli storici in questi termini: la *missio* coinvolgeva, oltre ai diritti, le azioni?

Com'è noto, il diritto giustiniano affermò che il *pignus praetorium* (succeduto per evoluzione alla *missio in possessionem*) colpisce anche crediti e azioni, e tale principio venne presentato come un'innovazione. Un'autorevole voce afferma peraltro che l'innovazione fu solo illusoria; che il *missus in possessionem* non era possessore, e che perciò la generica ed elastica situazione di cui era titolare poteva far presa su diritti e azioni; mentre il creditore che avesse il *pignus praetorium* fu concepito quale possessore in senso tecnico, per cui, se si volle conferire un *pignus praetorium* anche su crediti ed azioni, si dovette dirlo espressamente. Così, lungamente, SOLAZZI, *Concorso cit.*, I, tutto il cap. VII. Egli, a p. 240, afferma: « E' indubitabile che la classica *missio in*



Nell'epoca giustiniana, abolita l'addictio all'emptor bonorum, la garanzia dei creditori aveva cessato di consistere nell'azione concessa contro l'emptor. Inversamente, aveva acquistato importanza la partecipazione alla missio, per due diverse ragioni:

1°) la missio fondava a favore del creditore un vero possesso (6);

2°) i creditori intervenuti nella fase della missio ricevevano un trattamento preferenziale (C. 7, 72, 10, § 1 e 2).

In quest'epoca storica, ove i creditori missi in possessionem agiscano contro i terzi, essi fanno valere diritti ormai preclusi al debitore, e quindi non si può dire che agiscano in via surrogatoria (7).

Viceversa, quando un creditore al possesso dei beni resiste contro un altro (preteso) creditore, per impedirgli di farsi avanti a spartire le spoglie del debitore, egli fa valere eccezioni (8)

---

bona si estendeva ai crediti e alle azioni del debitore». (Vedi anche lo stesso autore a p. 149 e sgg. Ivi bibliografia).

Rimane il fatto che la missio era protetta con azioni in ordine alle sole cose, mentre (avesse o meno ad oggetto crediti ed azioni) i crediti non potevano mai essere fatti valere dai singoli creditori contro i terzi (SOLAZZI, op. cit., p. 150). La missio in possessionem, per quanto concerne azioni e crediti, non si sarebbe estrinsecata se non nella aspettativa che azioni e crediti formino oggetto dell'emptio e dell'addictio.

(6) Su questo punto, per l'epoca giustiniana, vedi ancora SOLAZZI, *Concorso cit.*, p. 194 e seg.

(7) E' poi addirittura ovvio che, quando uno o più creditori privi della possessio agiscano contro altri creditori già muniti della possessio, i primi fanno valere un diritto esclusivamente proprio (infatti, nella sfera del debitore non sussiste nè è mai sussistita un'azione analoga).

(8) Vari elementi fanno pensare che il creditore avesse veramente un potere generale di eccepire, ancorchè C. 4, 30, 15, parli della sola eccezione non numeratae pecuniae.

Un certo potere di avvalersi delle eccezioni spettava ai creditori già nella procedura dell'emptio bonorum, e perciò, a maggior ragione, esso doveva spettare nella procedura della distractio, in cui il vantaggio, che un creditore si procura col respingere un concorrente dal compossesso, era assorbente e definitivo. Si aggiunga che il (preteso) creditore, il quale volesse intervenire nel possesso, doveva agire contro i creditori possessori, e non, contro il debitore (arg. ex C. 4, 30, 15): per cui i primi dovevano pur avere, a fortiori, l'uso dei mezzi di difesa.

che permangono pur sempre nella sfera giuridica del debitore; ciò è tanto vero che, se il preteso creditore agisse contro il

Ciò premesso, queste illazioni sembrano confermate dal frammento C. 4, 30, 15 più volte cit.

Ad litteram, esso dice soltanto che il creditore (attore o resistente) può opporre ad altro creditore l'eccezione di non numerata pecunia. Però il passo, che nell'impostazione parla di questa sola eccezione, si riferisce poi, nella parentesi, ad un debitore cui compete una *qualsiasi* eccezione. Ciò fa pensare che l'*exceptio non numeratae pecuniae* non avesse un trattamento diverso dalle altre eccezioni.

Quanto alla disarmonia rilevata (menzione della sola *exceptio n. n. p.* in alcuni passaggi, ed allusione ad ogni tipo di eccezione in altri punti del frammento), credo di poter proporre la spiegazione che segue.

Mentre era pacifico che altre eccezioni potessero farsi valere dai creditori, qualche dubbio poteva sorgere per l'*exceptio non numeratae pecuniae*. Infatti essa attribuiva al convenuto un potere di disconoscimento della propria precedente dichiarazione, potere più strettamente legato alla persona del debitore, di quanto non avvenisse per altre eccezioni. Il debitore, sollevando l'eccezione *n.n.p.* non aveva l'onere di provarne il fondamento: ne segue che spesso il ricorrere o non ricorrere a tale rimedio si riduceva ad una questione di mera buona fede; per cui poteva ripugnare che il relativo potere fosse esercitato, invito debitore, da un terzo. Questa configurazione del problema poté far sorgere qualche perplessità, che poi fu superata da C. 4, 30, 15, cit., che equiparò l'eccezione in esame ad ogni altra eccezione.

La costituzione giustiniana del 529, se ebbe il limitato scopo di chiarire un dubbio, risolse forse, da principio, un caso pratico. Le espressioni generalizzanti, contenute fra parentesi (estensione dell'*exceptio n.n.p.* ad ogni altra eccezione, equiparazione del debitore assente al presente, irrilevanza dell'inerzia del convenuto) furono forse aggiunte quando tale costituzione fu inserita nel Codice; mentre l'estensione della legittimazione attiva all'eccezione dal creditore convenuto al creditore attore potrebbe essere frutto di una confusione fra querela ed eccezione, o potrebbe essere il residuo di una precedente formulazione del passo, in cui si concedeva non solo la eccezione, ma anche la querela *n.n.p.* ad ogni creditore concursuale.

A queste supposizioni non è di ostacolo la data della costituzione contenente il frammento citato (anno 529); in quanto il Codice non mancò di interpolare, occorrendo, anche le costituzioni immediatamente anteriori o contemporanee alla redazione del Digesto. Gli altri passi della stessa costituzione, riportati nel Codice, lasciano vedere che Giustiniano parlava della querela non meno che dell'eccezione (C. 4, 30, 14, tratto sempre dalla medesima costituzione, dopo aver sancito il termine per l'eccezione de *n.n.p.*, conclude «*ut eo lapso nullo modo querela n.n.p. introduci potest*»). Il che mostra: o che Giustiniano ha confuso anche qui querela ed *exceptio* (per la confusione fra querela



debitore, anzichè in sede concorsuale, con un'azione di cognizione intentata prima o dopo la chiusura del concorso, il debitore potrebbe far valere le identiche eccezioni che possono essere sollevate dai concreditori (9).

Ci si deve domandare se, per effetto di questa legittimazione concorrente, il giudicato ottenuto contro il debitore operasse contro gli altri creditori, e il giudicato ottenuto contro gli altri creditori nuocesse o giovasse al debitore.

Qualora si potesse affermare la reciproca insensibilità del-

---

ed exceptio n.n.p. nel diritto giustiniano vedi, con ricchezza di prove, COLLINET, *La nature des querelae des origines à Justinien*, in *Studia et doc. Historiae et juris* 1953, n. 31) o che il frammento citato ha subito qualche rimaneggiamento.

Comunque sia di questi rimaneggiamenti subiti dalla costituzione del 529 cit., resta il fatto che i creditori sollevavano gli uni contro gli altri le eccezioni spettanti al debitore.

(9) Purtroppo, la dottrina romanistica non ci parla della legittimazione spettante al debitore nel corso della procedura concorsuale. L'opera più diffusa sull'argomento (SOLAZZI, *Concorso cit.*) lascia il lettore un po' perplesso. La rubrica n. 7 del cap. XVIII, visibile nell'indice del libro IV, dice precisamente, con riguardo all'epoca giustiniana « Il debitore ha perduto il diritto di difendersi dopo la missio in bona ». Però nel testo corrispondente a tale numero (cfr. p. 194 e seg.) non si enuncia (né si vuole dimostrare) una massima così ampia. Forse l'autore voleva riferire la rubrica a quelle azioni reali, che possono essere esperite soltanto contro l'attuale possessore. Si noti che per lo stesso autore il debitore dell'epoca classica conservava la facoltà di difendersi anche dopo che i creditori avevano appreso i suoi beni, finchè non fosse intervenuta l'addictio al bonorum emptor (op. cit., II, p. 68, e ivi citazioni di fonti perfettamente probanti). Ciò premesso, mi sembra che tutto il frammento citato C. 4, 30, 15 si muova nella logica della doppia legittimazione. Altrimenti si spiegherebbe male l'« etiam eo supersedente tali auxilio uti ». Supponiamo per scrupolo che quel « supersedente » si riferisca (con minore rispetto della grammatica) ad un'inerzia anteriore al concorso; resterebbe a favore della legittimazione del debitore l'inciso « sed possint illi postea eadem se exceptione tueri ». Sempre per scrupolo potremmo domandarci se quel postea non si riferisca al periodo successivo alla chiusura del concorso (la chiusura del concorso, com'è noto, non estingueva i debiti): ma la risposta deve essere negativa, perchè il postea, e tutta la proposizione che segue, si riferiscono anche al fideiussore, il quale poteva certamente essere convenuto pel pagamento durante il concorso, e poteva logicamente sollevare l'eccezione n.n. p.

l'esperimento dell'eccezione ad opera dei diversi soggetti interessati (creditori; debitore), si dovrebbe anche concludere che ognuno di essi faceva valere il rimedio processuale con efficacia in una sfera esclusivamente propria, e la natura surrogatoria del relativo procedimento ne sarebbe di certo compromessa.

Si può peraltro ritenere:

a) che l'eccezione proposta dal creditore giovasse, se accolta, anche al debitore (10);

b) che, se il debitore veniva convenuto e preponeva l'eccezione, il giudicato pronunciato dopo l'apertura del concorso giovasse o nuocesse (a seconda dei casi) ai creditori (11).

Dall'insieme delle cose dette, risulta che al debitore, contro cui operasse la *missio in possessionem*, spettava pur sempre un certo potere di disposizione (visibile nell'ipotesi di controversia giudiziale), con cui egli poteva sottrarre al creditore l'eccezione in questione.

Quest'ultimo dato mostra che l'eccezione apparteneva propriamente alla sfera giuridica del (solo) debitore, e che il creditore la faceva valere in via meramente surrogatoria.

Un'unica grave differenza di ordine concettuale sussiste fra l'eccezione proposta in via surrogatoria nel concorso romano, e l'eccezione proposta in via surrogatoria nel giudizio moderno.

---

(10) Altrimenti, non si spiegherebbe l'inciso con cui Giustiniano dice che la *reiezione* dell'eccezione non nuoce al debitore.

(11) Questa seconda affermazione sembra fondata per due motivi: in primo luogo, perchè una norma diversa presupporrebbe o la perdita del potere di stare in giudizio spettante al debitore (e si è già escluso che questo fenomeno avesse luogo); o una radicale innovazione dei principi sull'efficacia del giudicato (innovazione che, nel silenzio delle fonti, non possiamo supporre). In secondo luogo, il solito passo C. 4, 30, 15, si riferisce pur sempre alla inerzia del debitore, e non allude mai all'ipotesi di giudizio già pendente fra creditore e debitore in punto all'*exceptio non n. p.* nè all'ipotesi di collusione fra creditore e debitore, rivolta a determinare la formazione del giudicato.

Nè si obietti che, se il debitore era privato del potere di disporre direttamente dei suoi beni, sarebbe stato incongruo lasciarlo disporre indirettamente, mediante collusione con i creditori. Tale incongruenza sussisteva certamente durante la *missio in possessionem* dell'epoca classica, e non stupisce che i giustinianeî abbiano ereditato questo istituto alquanto imperfetto.



La prima veniva sollevata dal creditore in un giudizio diverso da quello, in cui poteva essere esperita dal debitore.

La fungibilità pressochè perfetta dell'attività processuale del creditore e del debitore, quale sussiste (come si vedrà a suo tempo) nel diritto moderno, mancava dunque nel diritto romano.

Fino al XVI secolo la legge citata (C. 4, 30, 15) sollevò un interesse limitato. Gli autori, quando non la trascurarono del tutto (12), omisero qualsiasi rilievo sul fenomeno, ivi regolato, della eccezionale legittimazione del creditore (13).

In questo periodo, merita però rilievo un inciso di Baldo (14), che estende il potere di eccezione del creditore dal caso del « debitore absente » a quello del « debitore contradiciente », e così altera la linea dell'istituto, escludendo il debitore da ogni residuo potere di disposizione sull'eccezione, e trasformando il potere surrogatorio del creditore in potere *proprio* (il che si muove nella logica di un diritto del creditore sui beni del debitore, munito di una certa autonomia rispetto alla posizione del debitore; autonomia che diviene tanto più sensibile quanto più si diffonde l'istituto dell'ipoteca generale, che attribuisce indubbiamente al creditore un potere proprio).

Dopo il sec. XVI, il passo, pur senza formare oggetto di una speciale elaborazione, fu ricordato dal De Olea (15), dal Cancerio (16), e fu certo presente al Gaito (17) ed a altri.

---

(12) A titolo esemplificativo, si può ricordare il silenzio di GIASONE DEL MAYNO (*Opera omnia*, Venezia 1573 e 1574), di ALESSANDRO TARTAGNO (*Comment. in I et II Codicis Partem*, Venezia 1570), CUIACIO (*Opera cit.*).

(13) La GLOSSA si limita a parafrasare il passo, e non si occupa del problema di cui nel testo. Anche BARTOLO (*Comment. in I et II Codicis Partem*, Lione 1550) non entra nella questione.

Un'eccezione alla regola è rappresentata da P. DE CASTRO, (*Comment. cit.*, ad C. 4, 30, 15); di lui mi sono già occupato (retro, nota 3 al § 5), a proposito di alcuni dubbi, a cui ha dato luogo la ricostruzione del suo pensiero.

(14) BALDO, *Commentaria cit.*, ad C. 4, 30, 15.

(15) *Tractatus cit.*, p. 207, n. 25.

(16) Vedi § prec. Egli si preoccupò anche di enunciare il criterio dell'interpretazione estensiva dall'eccezione di non numerata pecunia alle altre eccezioni perentorie.

(17) *Tractatus cit.*, ca. IV, n. 1877: me lo ricavo dal fatto che si sofferma esclusivamente sull'eccezione di non numerata pecunia.

Certo, lo studio di cui fu oggetto non era proporzionale all'importanza dell'istituto che esso mirava a regolare, o, almeno, a rilevare.

L'idea innovatrice del potere *autonomo* di eccezione, spettante al creditore, viene accolta da qualche autore, almeno quando il creditore sia fornito di ipoteca (18).

A parte questi rilievi, è dubbio se, nell'epoca di cui parlo, l'eccezione surrogatoria fra concreditori rispondesse all'identico fondamento a cui rispondeva nell'epoca giustiniana. Nella procedura bizantina, il debitore era legittimato attivo alle azioni ed alle eccezioni in quanto titolare dei rapporti; i creditori erano legittimati attivi alle eccezioni perchè legittimati a chiedere per sè il possesso (transitorio) dei beni del debitore e ad escluderne gli altri. Nel sec. XVII la proposizione dell'eccezione aveva un'efficacia sostanziale definitiva (19).

Il motivo per cui non si sentiva il bisogno di rendere proponibili in via surrogatoria le azioni verso i terzi rimaneva il medesimo per diritto giustiniano e comune: queste azioni erano esperite dai creditori in base ad un trasferimento di azioni (che escludeva la legittimazione del debitore).

Permane incerto, attraverso all'una e all'altra epoca, il motivo per cui non si parla mai di un'azione surrogatoria promossa da un creditore con lo scopo di eliminare il titolo

---

(18) Con la conseguenza, ad es., che il giudicato formatosi fra debitore e terzo non nuoce al creditore, la cui ipoteca sia anteriore alla sentenza (ACOSTA, *De privilegiis* cit., p. 39, nell'ed. cit. «sententia lata contra debitorem post rem obligatam non nocet creditor»).

(19) Gli spostamenti di legittimazione dal debitore al creditore trovano nel concorso il terreno più favorevole. Vien fatto di ricordare l'espressiva definizione di VoET, *Commentarius* cit., li. XX, ti. IV: «Etsi vulgo actiones e creditoribus adversus debitores intentari solet, tamen ubi debitor solvendo esse desiit, accidit frequenter ut creditores amisso debitore in se invicem ruant ac magnis inter se animis disputantes mutuis sese tentent vulneribus conficere».

Gli scrittori del diritto comune tentarono talora di giustificare il potere di eccezione del creditore, ma non colsero nel segno, perchè offrirono motivazioni valide entro e fuori concorso. Cfr. ad es. ACOSTA, *De privilegiis* cit., praef. reg. I, n. 94: «quia non debet esse in facultate debitoris fraudare creditorem».



su cui si fonda il diritto di un altro creditore concorrente. Forse, il risultato a cui avrebbe potuto tender quest'azione si poteva sempre ottenere anche per via di eccezione (20).

In definitiva, si può dire che l'istituto surrogatorio giustiniano è ancora riconoscibile nell'istituto surrogatorio del diritto comune, quale ci è presentato dalle pagine dei giuristi del secolo XVII finora menzionate: tale istituto consiste in un potere surrogatorio di sollevare vicendevolmente eccezioni fra soggetti che prendono parte ad una esecuzione concursuale.

§ 7. - ECCEZIONE ED AZIONE SURROGATORIA CONCURSUALE IN  
SALGADO E NEGLI STUDIOSI DEL FALLIMENTO.

Uno storico dell'azione surrogatoria ha affermato che i giuristi del diritto comune, dopo il De Olea, « non ci danno modo di studiare il nostro istituto » (1). La verità è ben diversa. La prima idea di un'azione surrogatoria è di poco successiva al De Olea, e risale precisamente al Salgado (2).

---

(20) Ho già visto che, secondo C. 4, 30, 15, il creditore non ancora possessore rimuove il creditore già munito di possesso (e quindi convenuto) con un'eccezione. Posso ripetere osservazioni analoghe per il creditore con ipoteca seriore, il quale aggredisca un creditore con ipoteca anteriore. Suppongo che questi attendesse che il creditore anteriore chiedesse l'assegnazione del ricavato dall'esproprio, per proporre l'eccezione in tale sede.

(1) ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 771 e sgg., in nota. Piena adesione in D'AVANZO, *Surrogatoria* cit. L'opinione comune è in questo stesso senso.

(2) Quando il trattato del DE OLEA era già noto, il SALGADO dava alla luce il suo *Labyrinthus* cit., contenente le ardite idee di cui oltre, nel testo; ed ivi criticava vivacemente la dottrina tradizionale (rappresentata soprattutto da ACOSTA e DE OLEA) e la giurisprudenza contemporanea (rappresentata dal senato catalano). Nelle edizioni seriori del trattato del DE OLEA, un'apposita appendice (ad tit. IV, qu. 3, post n. 9) è dedicata ad una serrata confutazione del SALGADO. La parola del SALGADO conferma pienamente la ricostruzione da me offerta del pensiero dei giuristi a lui contemporanei ed anteriori: infatti egli contrappone energicamente la propria concezione, secondo cui i creditori esercitano un'azione del debitore a favore di quest'ultimo, alla concezione dominante, secondo cui il creditore, subentrando nelle azioni del debitore,

Secondo questo autore, i creditori del debitore sottoposto a procedura concorsuale (3) possono esercitare le azioni già spettanti al fallito non già in base ad un trasferimento (cessione espressa, o tacita, o finta), ma sul fondamento dell'«interesse maximum et valde considerabile quod habent creditores in conservatione et recuperatione bonorum et iurium debitoris communis ut commodius habeant unde consequi et exigere possint sua credita» (4). La legittimazione del creditore non esclude la legittimazione del debitore, il quale è «pars in concursu principalis et formalis contra quem omnes creditores comparentes dirigunt sua iura et actiones» (5).

Sempre secondo il Salgado, il creditore non «tractat de sibi aliquid recuperando et acquirendo»; i creditori «nihil sibi exigunt, sed debitori et corpori concursus; licet in consequentiam bonorum recuperatio resultet in eorum commodum et utilitatem» (6).

La concezione moderna dell'azione surrogatoria non potrebbe essere espressa in termini più limpidi (7). Si noti in-

---

esclude quest'ultimo dal corrispondente potere, e chiede la condanna del terzo a favore proprio; la replica al SALGADO, contenuta nelle ulteriori edizioni del *De cessione* del DE OLEA, mostra a sua volta fino a che punto gli autori tradizionalisti spingessero la loro avversione per ogni idea di legittimazione concorrente (del creditore e del debitore) all'azione.

La lettura del SALGADO lascia anche intendere come, sulla equiparazione del creditore chirografario a quello ipotecario, non esistessero dubbi.

(3) Il concorso di cui ci parla SALGADO è il nostro fallimento. Come osserva BONELLI, *Fallimento* cit., art. 699, n. 215, nota 1, da questo autore in poi il concetto della semplice concorrenza di creditori viene tenuto distinto dal fallimento.

(4) *Labyrinthus* cit., pars IV, cap. I, n. 23.

(5) Op. cit., pars IV, cap. I, n. 15. L'idea è ribadita nel n. 19: «debitor dimittit et abdicat... non dominium aut possessionem, nec actiones tam utiles quam directas, nec earum exercitium».

(6) Loc. cit., n. 23.

(7) Si possono riscontrare significative assonanze fra il linguaggio del Salgado e le più moderne trattazioni sull'istituto surrogatorio. Basti pensare alla moderna questione, della funzione conservativa dell'azione surrogatoria; alla teoria modernissima dell'interdipendenza di inte-



fatti che per Salgado la spiegazione tecnica del potere dei creditori si troverebbe in un «mandatum, quod tacitum habent a iure», per cui gli stessi «iuris censura dicuntur procuratores debitoris» (8).

Se le parole del Salgado rivelassero fedelmente il suo pensiero; se il fenomeno che egli presentava come «creditor agens et excipiens... de iure debitoris», col fine di «recuperare et acquirere debitori» avesse meritato veramente questa definizione; se infine dopo Salgado una ininterrotta tradizione di giuristi avesse trasmesso le nuove idee ai codificatori dei due ultimi secoli, potremmo dire che l'azione surrogatoria nasce con Salgado, e deriva da lui.

In realtà, però, Salgado fraintese, in una certa misura, il fenomeno giuridico che ebbe a studiare ed osservare; di poi si servì di parole che eccedono il suo pensiero; dopo di lui le sue teorie (forse anche per i due difetti suelencati) non ebbero seguito fra gli studiosi.

Innanzitutto, non bisogna dimenticare che il «Labirinto» del Salgado era dedicato al concorso, sì che, come emerge da tutta la trattazione, il potere surrogatorio viene riconosciuto non già a qualsiasi creditore, ma solo al creditore concorsuale (in altre parole, il presupposto per la nascita di tale potere non è la generica insolvenza del debitore, ma l'apertura della procedura concorsuale fra più creditori di un insolvente) (9).

In secondo luogo tendo a credere (sebbene la cosa sia meno evidente) che non solo la legittimazione attiva, ma anche la legittimazione *passiva* all'azione proposta in via surrogatoria dovesse spettare al solo creditore concorsuale.

Ciò risulta, in primo luogo, dallo stesso passo dove si esalta la necessità di tutelare l'interesse del creditore all'in-

---

ressi come fondamento della sostituzione processuale del creditore al debitore; alla teoria, meno recente, che vede nel creditore procedente in via surrogatoria un mandatario legale del debitore (vedi anche nota seg.).

(8) Vedi loc. cit., n. 23. Altrove i creditori sono chiamati perfino «procuratores in interesse proprio».

(9) Vedi retro nota 3.

tegrità del patrimonio del debitore. Tale passo termina con la chiusa alquanto restrittiva: « quapropter singuli admittuntur ed exclusionem aliorum *inter seipsos* » (10). In prosecuzione, il Salgado mette in evidenza che, se i suoi contemporanei ammettono il trapasso delle eccezioni absque cessione, non c'è ragione di non ammettere del pari il trapasso absque cessione delle azioni, data la eadem ratio dei due problemi. Dunque, il Salgado modellava l'azione del creditore sullo schema dell'eccezione spettante al creditore: la quale eccezione poteva proporsi soltanto contro un altro (sedicente) creditore.

Più precisamente, ritengo che Salgado avesse presenti talora i creditori come massa e talaltra i « singuli ». I singuli godevano, ai fini delle reciproche contese, di un'azione e di un'eccezione individuale. La massa, naturalmente, veniva investita di poteri maggiori. Ciò risulta, in una certa misura, dagli stessi passi del Salgado finora ricordati (e parzialmente riportati). Più ancora, lo prova l'esemplificazione addotta dal Salgado a conferma delle sue teorie.

Prima di passare all'analisi degli esempi scelti dal Salgado, va chiarito che l'autore citato faceva una sorprendente confusione fra azione surrogatoria, azione revocatoria, ed altri istituti ancora (11).

Ciò premesso, posso osservare che in Salgado trovo due soli poteri attribuiti al *creditor* (al singolare): la facoltà di pagare il canone enfiteutico, e l'azione per la divisione della cosa ipotecata dal comproprietario (12). La prima facoltà non costituisce un diritto soggettivo, e spetta, comunque, nei confronti di un concreditore; quanto all'azione di divisione, essa non ha certo il fine normale dell'azione surrogatoria, individuata dal Salgado nella « conservatio et recuperatio bonorum

---

(10) Mi riferisco al passaggio riportato sopra, p. 38, desunto dal n. 23 del luogo più volte citato.

(11) Come si vedrà in seguito, nei due §§ sgg., questa confusione si spiega storicamente. Il SALGADO conosceva le *Notables questions* del MAYNARDO.

(12) Loc. cit., rispettivamente n. 27 e sgg., e n. 31.



debitoris... ut commodius [creditores] habeant unde consequi... sua credita, neque ex eorum defectu et inopia creditorum iura... inania reddantur ».

Negli ulteriori esempi, Salgado parla di più ampi poteri riservati ai *creditores* (al plurale): l'impugnativa di una transazione, la rescissione del contratto lesivo ultra dimidium, l'impugnativa di una datio in solutum, l'esercizio del riscatto, a cui il debitore sia stato facoltizzato all'atto della vendita, e, infine, l'azione contro il debitore del debitore (13).

E' evidente che l'impugnativa della transazione e della datio in solutum costituiscono ipotesi di pauliana fallimentare, e non già, di esercizio dei diritti del debitore.

Quanto all'azione di rescissione per lesione enorme e all'esercizio del riscatto, per ora mi limito ad accennare che in Francia i relativi poteri erano riconosciuti ad ogni creditore, senza peraltro costituire un esempio di potere surrogatorio (su ciò vedi oltre, § 9).

Resta da parlare dell'azione contro il debitor debitoris; di cui peraltro il Salgado non ci enumera nè i presupposti nè gli effetti.

Se le mie congetture sono esatte, l'istituto surrogatorio riceveva, secondo il pensiero del Salgado, queste tre applicazioni:

un'eccezione surrogatoria tra creditori concorsuali;

una parallela azione surrogatoria tra creditori concorsuali;

un'azione surrogatoria, spettante ai creditori come massa, contro il debitor debitoris.

Perchè l'insegnamento salgadiano venisse tramandato ai giuristi successivi occorreva però che ne rimanesse saldo il punto di partenza, consistente nel permanere della legittimazione ad agire del debitore *nonostante il fallimento*. Negata tale legittimazione (14), è infatti chiaro che l'azione della massa

(13) Loc. cit., rispettivamente n. 30, 32, 33, 34, 36.

(14) Il SALGADO, che sosteneva il permanere di tale legittimazione, era, anche rispetto all'epoca in cui viveva, un isolato. Non si giustifica perciò l'insolenza con cui criticava l'opposta teoria, propugnata dall'ACOSTA.

dei creditori contro i terzi deve essere intesa come azione diretta.

Ciò premesso, si deve dare atto che tale presupposto venne a mancare, e che il pensiero giuridico successivo al Salgado rientrò, per lo più, nell'alveo romanistico puro (che riconosce al creditore la sola *eccezione* surrogatoria concursuale). Tra gli studiosi del fallimento si estese forse, talora, il potere del creditore dall'*eccezione* all'azione surrogatoria concursuale.

Più analiticamente, ricordiamo che la teoria del Salgado fu subito, e severamente, criticata dal De Olea (15), con attacchi sufficienti a dimostrare fino a che punto fosse considerata eterodossa l'idea di una procura conferita ex lege al creditore (16). Posso aggiungere un rilievo: la replica del De Olea mostra anche fino a che punto le idee del Salgado fossero infondate alla stregua delle fonti romane (17).

Dopo De Olea e Salgado, gli scrittori di diritto comune sembrano ignorare qualsiasi istituto surrogatorio. Ciò vale per

---

(15) Nell'appendice di cui retro, nota 2.

(16) Le obiezioni del DE OLEA sono acute: quale sarà il foro competente a giudicare dell'azione? i creditori dovranno agire cumulativamente, ovvero ognuno di essi avrà mano libera? ognuno di essi avrà uno ius vetandi per impedire un impoverimento del patrimonio del debitore (quale si avrebbe, ad es., se si impugnasse una permuta che poi, alla fin fine, risultasse essere vantaggiosa; ecc.)? se il risultato di un'azione è dannoso, chi ne sopporta gli effetti? (op. cit., ad ti. IV, qu. III post n. 9). Strano però che il DE OLEA non si avvedesse che talune di queste obiezioni possono opporsi anche alla legittimazione del creditore ad excipiendum.

(17) Il SALGADO si fondava su D. 10, 2, 29; D. 13, 7, 42; D. 13, 7, 13; D. 20, 5, 7. Tali passi dicono: che il creditore pignoratizio vende il pegno, con efficacia verso il debitore; che in occasione della vendita il creditore pignoratizio può pattuire la facoltà di riscatto a favore del debitore; che può pattuire tale facoltà a vantaggio proprio, salva la possibilità di cedere poi la relativa azione al debitore. Sulla figura del creditore, si pronunciano D. 10, 2, 29 (quod creditor egit habendum est ac si debitor per procuratorem egisset) e D. 13, 7, 42 (in venditione... suum creditor negotium gerit).

Il DE OLEA aveva buon gioco a replicare che la l. 29 cit. contiene un'improprietà, smentita da altri passi. Inoltre egli osservava che, se il creditore fosse stato procuratore del debitore, il debitore avrebbe potuto revocarne i poteri.



la Francia (18) e per l'Italia (19). L'insegnamento del Salgado, sul punto in esame, non lascia tracce nemmeno dopo le codificazioni (20).

In Germania, viceversa, talora sembrerebbe ammessa non

---

(18) Qui sia sufficiente ricordare: che DOMAT non conosce nè la eccezione surrogatoria del diritto romano, nè l'azione surrogatoria del SALGADO (e che tende ad identificare l'esercizio dei diritti altrui con l'effetto del pignoramento romano di azione); che POTHIER parla frequentemente di un creditore che agisce contro il terzo, ma senza dire se tale azione debba essere preceduta da un trasferimento di poteri. Egli tace di qualsiasi potere indiretto del creditore anche nella apposita trattazione sull'ipoteca generale e sul pegno di crediti (*Le Pandette* cit., lib. XX, ti. 3, p. 941 e 943). Nota come FENET, *Pothier analysé* cit., nel raffronto fra gli artt. del code Nap. e gli insegnamenti del POTHIER, non segnali, di fianco all'art. 1166, alcun riferimento alle opere del grande giurista. Vedi ancora in merito oltre, p. 49, nota 10.

(19) Il silenzio serbato dai piemontesi non sorprende, tenuto conto del precedente atteggiamento di CUIACIO e di A. FABRO. Vedi al proposito le compilazioni del TESSAURO, *Novae decisiones* cit.; SOLA A., *Commentaria* cit.; e RICHERI, *Jurisprudentia* cit.: quest'ultimo non accenna al nostro istituto nemmeno là dove parla della facoltà del subdebitore di liberarsi, in taluni casi, pagando al creditore principale (vol. XI, § 181, p. 55).

DE LUCA, *Dottor volgare* cit., to. 3°, li. 8°, ca. XXIV, n. 10 e 11, nell'elencare le azioni spettanti al creditore per l'osservanza dell'obbligo non menziona affatto il potere surrogatorio.

Fra i concursualisti, A. DE ANSALDIS, *De commercio* cit., conosce soltanto l'esecuzione sui crediti e sulle azioni in base ai classici presupposti (condanna del debitore, ecc.). Il CASAREGIS, *Discursus* cit., disc. XCI, n. 17 e sgg., pur conoscendo il SALGADO, limita i poteri del creditore all'esercizio, da parte di colui che procede ad esecuzione, delle azioni del debitore, in base ad un trasferimento che si opera senza cessione « ad evitandum circulum » (Mi ricavo la funzione esecutiva del trapasso dall'inciso « adstringi possunt ad adimplendum, in bonis propriis »; e la natura esclusiva, e non surrogatoria, del potere del creditore, dalla equiparazione dello stesso creditore ad un cessionario).

(20) Il pensiero del SALGADO viene addirittura frainteso. Il BONELLI, *Fallimento* cit., sub. art. 699, n. 215, nota 1, menziona l'aut. cit. fra i sostenitori del trapasso legale delle azioni dal debitore alla massa dei creditori.

Si noti peraltro che l'influenza maggiore del SALGADO si sviluppò in Germania.

solo l'eccezione, ma anche l'azione surrogatoria concorsuale (21); talora invece la soluzione è nettamente restrittiva, e si parla di esercizio di diritti del debitore ad opera del creditore con esclusivo riferimento all'esecuzione su crediti, ed alla efficacia estensiva di determinate eccezioni dall'uno all'altro rapporto (22).

Con il sec. XIX, i giuristi germanici tacciono sul potere surrogatorio estraconcursuale del creditore.

Quanto agli studiosi del fallimento, essi attribuiscono ovviamente alla massa dei creditori i poteri occorrenti per esercitare i diritti e le azioni del debitore fallito. Tuttavia risulta impedito ogni possibile avvicinamento fra il creditore fallimentare (*uti singulus*, o considerato nella massa) ed il creditore che esercita i diritti del debitore in via surrogatoria, dato che questi autori fanno dei creditori i titolari esclusivi dei poteri che esercitano (23); ovvero, se anche riconoscono al fallito

---

(21) Alludo al BRUNNEMANN, la cui posizione non è sempre chiara. Egli non dovette dissentire, essenzialmente, dall'insegnamento del DE OLEA, se nemmeno nelle *Additiones* cit. muove critiche sul punto. Qualche dubbio viene leggendo il *Commentarius* cit., C. 4, 30, 15: nelle enunciazioni, l'autore sembra alludere ad una legittimazione del creditore all'azione; mentre nell'esemplificazione il secondo creditore interviene nel giudizio per sostenere il debitore convenuto dal primo creditore.

(22) STRYKIO e WEISBRODT, op. cit. La monografia in esame non conosce affatto l'istituto surrogatorio («naturalis ratione conveniens est ut de iure tertii tertio invito excipere non liceat»). Ivi si parla di agire, di excipere ex iure tertii, con riferimento ai seguenti casi:

- azione del creditore contro il debitor debitoris, in causa iudicati (tale azione non spetta in virtù della semplice ipoteca generale).
- efficacia estensiva dell'eccezione, o dell'inesistenza inter alios di un rapporto (eccezione di difetto di legittimazione dell'attore, di simulazione, di difetto di procura, a cui l'aut. aggiunge l'eccezione non numeratae pecuniae, e di dolo); effetto estensivo che si fonda sulla osservazione che «ne quidem proprie dici possumus nos de iure tertii excipere, cum tantum allegamus, quod actori non competat actio».

(23) Ad es. SCHWEPPE, *System* cit., § 31. Nota peraltro come questo autore, per spiegare il trapasso dei poteri dal debitore ai creditori, invochi C. 4, 30, 15.



un limitato potere di intervenire nei giudizi (24), fanno del potere dei creditori un prius, e del potere del debitore un posterius (la questione del potere di intervento del debitore viene pregiudicata e risolta attraverso alla configurazione del curatore come rappresentante del debitore o dei creditori).

Nelle trattazioni sul fallimento, uscite in quest'epoca, non si tratta ex professo del potere, spettante ai singoli creditori concorrenti, di sollevare reciprocamente eccezioni ed azioni. Tuttavia il procedimento surrogatorio concursuale dovette rimanere vivo nella tradizione e nella prassi, se lo ritroviamo codificato nella ordinanza germanica sul fallimento del 1877 (25) e nella parallela ordinanza austriaca del 1914 (26). Prima che si apra il fallimento, le legislazioni germaniche non apprestano alcun rimedio contro l'inerzia del debitore (27).

§ 8. - LA PRETESA AZIONE SURROGATORIA GENERALE NEL DROIT COUTUMIER FRANCESE.

Dai secc. XVII e XVIII si parla dell'exercice des droits du débiteur fuori del concorso nella sola Francia (soprattutto nella Francia del Nord) (1).

---

(24) Questo limitato potere di intervento viene ammesso da varii autori della seconda metà del secolo: SEUFFERT, *Geschichte* cit., p. 119, KOHLER, *Lehrbuch* cit.

(25) §§ 144 e 146 (1). Si propone in via surrogatoria la opposizione contro la domanda di ammissione di un credito.

(26) § 105 (5). I creditori fallimentari sono legittimati al reciproco contraddittorio, per stabilire l'esistenza e il grado dei rispettivi crediti. In questa ordinanza è particolarmente evidente che possono stare in giudizio, a fianco a fianco, il curatore del fallimento ed il creditore che intende impugnare la graduazione; sì che quest'ultimo farà valere le eccezioni (ed anche le azioni) che il curatore abbia trascurato di promuovere; arg. per la doppia legittimazione ex § 112 (2): « *qualora il curatore del fallimento abbia preso parte alla lite...* ».

(27) Il § 36 della K O austriaca conosce peraltro la revocatoria degli effetti della prescrizione, per l'ipotesi che il fallimento venga dichiarato quando il termine della prescrizione è ormai decorso.

(1) Gli autori del sec. XVI non conoscono l'istituto. Cfr. DUMOULIN, *Commentarii* cit.; D'ARGENTRÉ, *Commentarii* cit. Questo dato deve essere tenuto presente da chi sostiene la remota origine dell'azione surrogatoria nell'*antichissimo* diritto consuetudinario della Francia.

La derivazione del pensiero francese dalle concezioni degli interpreti del diritto comune è apparsa addirittura ovvia a tutti (e soli) quegli autori che ammettono la presenza dell'azione surrogatoria generale nel diritto comune.

Questi autori trascurano, oltre alla diversa sostanza degli istituti romanistici e francesi, anche la storia delle parole. Sembra evidente che il termine *action subrogatoire* è legato con la «*subrogation*», mediante la quale il creditore veniva immesso nell'esercizio del diritto del debitore; tale surrogazione, a sua volta, è sorta nel diritto consuetudinario francese (2).

A parte questi problemi di mera derivazione, gli autori sogliono affermare che in quell'epoca, in Francia, l'azione surrogatoria (o, come dicono più comunemente gli scrittori francesi, l'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore) avesse una estensione generale.

Mi sembra di dover revocare in dubbio questa comune enunciazione, frutto di una serie di equivoci.

L'affermazione in esame fa perno sul principio generale, enunciato da varii autori dell'epoca, secondo cui «il creditore può esercitare i diritti e le azioni del debitore» (3). Ma la massima riportata tra virgolette, di per sé, non dice ancora nulla.

Al solito, si tratta di ricostruire se quell'espressione enunciasse genericamente il criterio dell'illimitata e incondizionata cedibilità e pignorabilità dei diritti e delle azioni; o se indicasse invece il potere del creditore di esercitare i diritti del

---

(2) Vedi documentata quest'ultima affermazione in DOMAT, *Lois civiles* cit., p. 165; in DE FERRIERE C. J., *Dictionnaire* cit., voce *Créancier*, e cfr. ivi il richiamo all'art. 307 della *coutume* di Parigi; soprattutto, con abbondanza di esempi, in TAMBOUR, *Voies d'exécution* cit., II, p. 325 e seg., e, in generale, in tutti i commentatori delle diverse *coutumes*.

(3) Vedi DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, *Recueil* cit., voce *Créancier*, n. 8; BOUTARIC, *Les institutes* cit., IV, VI, § 6; SERRES, *Les institutions* cit., p. 563; DOMAT, *Les lois civiles* cit., p. 165; ARGOU, *Institutions* cit., p. 455 e seg.; LE CAMUS a p. 665 e seg. del *Corps* cit. del DE FERRIERE Cl., t. IV, sub art. CCCXVI; LEBRUN, *Traité* cit., liv. 2, ch. 2, sec. 2, n. 42; vedi la stessa espressione, per inciso, anche in POTHIER, *Oeuvres* cit., (II, n. 440; III, n. 371; V, n. 83; ecc.).



debitore mentre quest'ultimo conserva la titolarità e l'esercizio del diritto stesso; o se infine avesse un ulteriore significato.

Posto il problema in questi termini, si deve escludere che quell'ambigua massima si riferisse all'istituto di cui parla il nostro art. 2900 cod. civ.

Almeno un autore ci dice chiaramente che soggezione di un diritto all'esercizio da parte dei creditori è tutt'uno con la soggezione di tale diritto all'esproprio forzato (4). Quanto agli altri scrittori, se ne può ricostruire il pensiero in modo induttivo, ricorrendo all'analisi che segue.

Un primo gruppo di autori suffraga il principio dell'esercizio dei diritti del debitore da parte dei creditori con esempi per nulla pertinenti al procedimento surrogatorio, e precisamente con il potere, riconosciuto in dati casi al creditore, di costringere il debitore a perseguire il terzo, od a compiere determinati atti d'acquisto (5).

---

(4) RENUSSON, *Traité* cit., ch. 4, sect. 8, n. 21. Ivi l'autore afferma che l'ipoteca della moglie si estende anche sui crediti e sulle azioni del marito, e chiarisce l'idea dicendo che « *personne ne doute qu'un créancier ne puisse exercer les droits de son débiteur* ». Egli soggiunge poi che la legge 2 cod. quando *fiscus* vel *privatus* enuncia esplicitamente tale concetto, e che dall'epoca romana in poi la regola è rimasta immutata, salva l'abolizione dell'ordine tradizionale dell'escussione.

(5) DU ROUSSEAUD DE LACOMBE, op. loc. ult. cit., n. 48, il quale parla del potere, riservato al creditore, di costringere il signore feudale suo debitore ad effettuare il sequestro feudale. Precedentemente COQUILLE, *Oeuvres* cit., II, *Coutume nivern.*, *Fiefs*, XI, II, I, p. 49, aveva affermato che tale potere di coercizione spetta al creditore quando il feudo sia aperto (cioè attualmente privo di vassallo); e giustificava la affermazione dicendo che l'inerzia del signore feudale gravato da debiti (il quale non provveda ad esercitare un diritto che gli è già acquisito) deve considerarsi (nell'ipotesi data) fraudolenta. Tanto bastò perchè il ROUSSEAUD chiamasse il COQUILLE a suffragio del principio « *Créancier peut exercer les droits de son débiteur* »; e perchè lo stesso COQUILLE venisse più tardi considerato fra i teorici dell'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore dal TAMBOUR (*Voies l'exécution* cit., II, p. 333) e, da ultimo, dallo ZUCCONI, *Origine storica* cit., p. 779.

Ben più accorto era stato l'ACOSTA quando, nel descrivere il caso di un debitore che « *exceptiones opponere compellitur* » si era astenuto dall'inquadrare questa figura in una delle categorie giuridiche generali a lui note.

Anche il BRODEAU, *sur* LOUET cit., R. XX, riferisce dell'arresto 27

Altri autori, nell'enunciare il solito criterio del potere del creditore di esercitare i diritti del debitore, invocano a suffragio della propria tesi l'opinione di autori precedenti, a cui l'azione surrogatoria generale era ignota (6), o invocano il precedente di ordinamenti, che ignoravano tale rimedio (7). E'

gennaio 1596 di Parigi, che ammise i creditori ad esigere che il debitore accettasse una eredità.

Il MORNAC, *Observationes* cit., IV, XV, IV, parla della cessione forzata delle azioni dal debitore al creditore («debitorem cogitur cedere»), additando J. FABRO come un illustratore di questo rimedio giuridico. Come si vede, la cessione forzata non è nemmeno peculiare del diritto consuetudinario, essendo stata applicata anche nell'ambito del diritto comune.

(6) Questo è il caso del ROUSSEAUD DE LACOMBE (op. loc. ult. cit., n. 8), che cita RENUSSEON, PEREZIUS, MORNAC, LEBRUN. Si pensi che il PEREZIUS, *Praelectiones* cit., in lib. IV, t. XV, riduce la posizione del creditore in questa formula: «Non potest ex unius obligatione conveniri alium... privatus creditor duobus tantum casibus debitum suum a debitoris sui debitoribus exigere potest». E passa ad elencare i due casi: 1°: condanna del debitore, sua vana escussione, e confessione del terzo; 2°: datio in solutum del credito, accompagnata da mandato ad agire. Anche il MORNAC, *Observationes* cit., IV, XV, IV, chiede che sussistano i requisiti della condanna, confessione, escussione. Il RENUSSEON, *Traité* cit., ch. 4, sec. 8, n. 21, si riferisce certamente agli atti di esproprio (vedi sopra, nota 4). Considerazioni analoghe si possono fare sugli altri autori menzionati.

(7) Questo è il caso del DOMAT (op. loc. ult. cit.); a riprova del fatto che i Romani conoscevano l'esercizio dei diritti del debitore da parte dei creditori, egli invoca C. 8, 21, 1, che enuncia precisamente la caratteristica della pignorabilità delle azioni e dei crediti. Il raffronto romanistico del DOMAT viene talora citato per mostrare che egli non scorse la differenza fra pignoramento romano e azione surrogatoria moderna (così ad es. CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 4). Il passo dimostra però il contrario; e cioè, che il DOMAT non conosceva un procedimento surrogatorio di tipo moderno. Nè il risultato si sposta, se ci si sofferma sulla premessa del notissimo autore: secondo cui per diritto romano (in ciò divergente dalle consuetudini francesi) ciascuno può astenersi dall'aumentare i propri beni. Forse taluno potrebbe pensare che il DOMAT distinguesse un esercizio di diritti da un acquisto di diritti, e restringesse il procedimento surrogatorio vero e proprio a quest'ultimo fenomeno. Tale spiegazione sarebbe però sofistica e contorta. Più plausibilmente, l'autore voleva incasellare nel sistema l'acquisto dell'eredità da parte dei creditori dell'erede, e far ricadere il potere di acquistare l'eredità nell'ambito dei diritti soggetti ad una qualche garanzia posta a favore dei creditori (questa forma di garanzia,



abbastanza chiaro che tali autori si limitano a recepire e tramandare la massima in questione nel generico e scialbo significato che le può essere attribuito secondo lo spirito del diritto comune: « il creditore può esercitare le azioni del debitore, ogniquale volta sussista una fattispecie idonea a trasferirgli il relativo potere (cessione, pignoramento, provvedimento del giudice, ecc.) ».

Merita di essere segnalato che, tra gli stessi autori finora richiamati, taluni insistono sulla liceità dell'astensione del debitore, il quale ometta di acquistare diritti (8). Anche questo elemento fa pensare che un'azione surrogatoria sulla linea funzionale di quella attuale fosse, in tale epoca, sconosciuta (9).

Se l'analisi svolta finora è esatta, si deve concludere che il principio dell'esperibilità delle azioni del debitore da parte del creditore stava semplicemente a significare che le azioni erano cedibili, pignorabili, o suscettibili comunque di trasferimento forzoso (10).

---

come si è già accennato nelle ultime note, e come si dirà meglio in seguito, aveva caratteri affini alla garanzia pauliana).

(8) SERRES, op. loc. ult. cit.; contra, per diritto francese, DOMAT, op. loc. ult. cit.; LEBRUN, *Traité*, liv. II, ch. II, n. 42.

(9) E' vero che la biasimevole inerzia del debitore potrebbe essere assunta a ratio della protezione del creditore solo in progresso di tempo. Ma è anche vero che di una simile evoluzione della ratio non abbiamo prove; per cui non ci resta che constatare il salto storico fra la funzione dell'esercizio dei diritti del debitore nel diritto consuetudinario francese, e la funzione dell'istituto surrogatorio dei nostri tempi.

(10) E' vero che per taluni autori (soprattutto per POTHIER) non si può dare la prova rigorosa di tale equivalenza: ma è anche vero che questo scrittore non si occupa mai ex professo dell'exercice des droits du debiteur.

Ho già osservato (retro, nota 18 al § 7) come lo stesso FENET, in *Pothier analysé* cit., non menzioni, di seguito all'art. 1166 code Nap., alcun passaggio tratto dallo stesso POTHIER. Questo silenzio è perfettamente logico, se nel suo pensiero le norme relative a tale esercizio coincidono con le norme sulla saisie e, in genere, sulle procedure cautelari od esecutive: mentre lo stesso silenzio diviene inspiegabile se si postula che allora l'azione surrogatoria rappresentasse un istituto del tutto autonomo. Basta riflettere, a questo proposito, a quale folla di problemi interpretativi abbia dato luogo l'art. 1166 code Nap. E' possibile che il POTHIER concepisse l'exercice des droits du debiteur come esso

Si può concludere che il diritto francese, lungi dal conoscere un'azione surrogatoria generale, conosceva semplicemente una soggezione generale delle azioni e dei crediti, spettanti al debitore, agli atti cautelativi o satisfattivi del creditore.

Questa soluzione va incontro ad una prima obbiezione.

Secondo una teoria (oggi coltivata soprattutto dai seguaci della derivazione romanistico-comune del nostro istituto), nei sec. XVII-XVIII, in Francia, i presupposti del pignoramento o della traslazione forzosa dell'esercizio di crediti e di azioni vennero ulteriormente semplificati rispetto a quelli previsti dalla procedura vigente nei due secoli anteriori.

In particolare, il creditore prese a procedere sui diritti del debitore anche senza avere in mano un titolo esecutivo (11); e qualche autore pensa che egli potesse ingerirsi in tal modo

---

fu configurato dopo la codificazione, e tuttavia non abbia nemmeno intravisto i problemi relativi? Si può annotare fin d'ora il seguente dato: nell'epoca di cui discorro si ammise comunemente che il creditore potesse ripetere in via surrogatoria e senza bisogno di precedente trasferimento dell'azione ciò che il debitore ha adempiuto senza esservi tenuto. Si vedrà meglio in seguito, se questa regola discendesse dal principio dell'azione revocatoria, o dell'azione surrogatoria. Il POTHIER (*Successions*, chap. III, sect. III, art. 1, § 3, *Communauté*, n. 533, *Substitutions*, sect. VI, art. 1, § 2) vuole che anche in questo caso il creditore dia la prova del *consilium fraudis*. Se l'autore cit. avesse creduto in un autentico potere surrogatorio spettante al creditore, gli avrebbe certo accordato una *condictio indebiti ex persona debitoris*. Il silenzio serbato dallo stesso autore nelle sue *Pandette* cit., là dove parla del pegno di credito e dell'ipoteca generale, è altrettanto sintomatico (li. XX, ti. 3, p. 941 e 943).

(11) Ciò prova peraltro una cosa sola: che il vecchio pignoramento di crediti si sdoppiò in due distinti istituti di contenuto identico se pure rispondenti a presupposti e funzioni diversi: l'esproprio di crediti a scopo di esecuzione, e l'esproprio di crediti a scopo di garanzia. Storicamente è provato che la surrogazione giudiziale del creditore al debitore nell'esercizio delle azioni sostituì il precedente rimedio della cessione forzosa di azioni. Vedi questo rimedio ancora in IMBERT, *Pratique*, liv. I, ch. 61.

In altre parole, il sequestro (come il pignoramento) di credito esclude (dal momento della notifica) ogni esercizio del diritto sequestrato, da parte del debitore; perciò esso dà luogo ad un trasferimento di potere, e non già, ad un concorso di poteri come avviene invece nell'istituto surrogatorio.



sul patrimonio del debitore, senza nemmeno munirsi di un'autorizzazione di provenienza giudiziale. Questa semplificazione (o meglio, questo annichilimento) della fattispecie a cui era subordinata l'ingerenza del creditore avrebbe segnato l'ultimo anello della trasformazione fra il pignoramento romano e l'azione surrogatoria moderna.

La teoria, secondo cui la surrogazione convenzionale o giudiziaria fu (quanto meno, fuori dell'ambito dell'accettazione ereditaria) superflua, si può ridurre:

— alla formula, secondo cui la surrogazione non fu mai (quanto meno, fuori dell'ambito dell'accettazione ereditaria) condizione nè sufficiente nè necessaria dell'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore, consistendo invece tale condizione nella presenza di un titolo esecutivo nelle mani del creditore (12);

— alla formula secondo cui qualsiasi creditore, anche sfor-  
nito di titolo esecutivo, potè, senza surrogazione convenzionale o giudiziaria, esercitare i diritti del debitore.

La prima formulazione tende ad equiparare, strutturalmente e funzionalmente, l'esercizio dei diritti del debitore all'esecuzione forzata, e non già ad un esperimento di azioni in via surrogatoria.

La seconda formulazione, viceversa, permetterebbe di pensare ad una concorrente legittimazione del creditore e del debitore all'esercizio delle azioni.

L'unico autore che si possa assennatamente invocare a suffra-

---

(12) Questa teoria fu sostenuta con passione, in sede di interpretazione del code Nap., e in sede di ricostruzione storica del pensiero francese intermedio, dal LABBE', *Exercice* cit.; essa trovò alcuni seguaci e stette all'origine della concezione dell'azione surrogatoria come atto esecutivo. Al LABBE' si può rimproverare di aver trascurato del tutto le coutumes (vedine un utile spoglio in TAMBOUR, *Voies d'exécution* cit., II, p. 325), e di avere dimenticato taluni scrittori dei secc. XVII e XVIII (ad es. il DOMAT, in *Lois civiles* cit., p. 165, BRODEAU, sur LOUET cit., C, som. 30) che conoscevano la surrogazione giudiziale.

L'unico scrittore dell'epoca qui considerata, il quale offrisse un elemento di prova al LABBE', fu il BASNAGE nel commento all'art. 278 della coutume di Normandia (su cui vedi nota seg.).

gio di questa seconda formulazione in esame è il Basnage (13): ma la critica più recente ha dimostrato che anche questo scrittore non fece eccezione alla regola, e che la « subrogation naturelle » di cui egli parla si deve intendere non già come surrogazione operante ipso iure, ma come surrogazione giudiziale, contrapposta alla surrogazione per lettere reali (14). Ove poi non si volesse aderire alla ricostruzione più moderna del pensiero del Basnage, si porrebbe l'ulteriore problema se tale autore, una volta respinto il requisito della previa surrogazione giudiziale o convenzionale, non esigesse una diversa fattispecie traslativa (esproprio forzato, pignoramento). Elementi induttivi, desunti da altre opere dello stesso autore (15) o dal pen-

---

(13) Nel commento all'art. 278 della coutume di Normandia (art. 345 secondo un'altra numerazione). Tale articolo regola il potere del creditore di accettare l'eredità in luogo del debitore inerte o recalcitrante.

La teoria del LABBE' (su cui cfr. nota precedente), secondo cui la surrogazione giudiziale sarebbe stata sconosciuta ad un'importante corrente dottrinale, è inaccettabile.

(14) Questa ricostruzione è dovuta a MISPOULET, tesi cit., p. 42 fino a 45 (aderiscono a lui PERIER e BOSC, tesi cit.). La ragione decisiva è offerta dal confronto con il commento all'art. 273, dove BASNAGE parla di creditore che *domanda* la surrogazione.

All'argomentazione degli autt. francesi citt., credo di doverne aggiungere una seconda: nello stesso commento all'art. 278 il BASNAGE osserva: « La disposition portée par cet article est singulière et dans toutes les coutumes de France il ne s'en trouve point de pareille ». Mi sembra impossibile che un autore possa trovare « naturale » (nel senso di « operante ipso iure, in virtù di un principio generale ») un istituto che egli stesso definisce eccezionale.

(15) Cfr. BASNAGE, *Hypothèques* cit., p. 377 e sgg. Ivi l'autore attribuisce al creditore ipotecario l'azione personale contro il debitore, l'azione dichiarativa contro il terzo, ed un'azione, che, a seconda delle norme locali, serve ad ottenere o il solo esproprio, oppure il pagamento ad opera del terzo e, in difetto, l'esproprio. Nel passo cit. non si fa il minimo accenno ad un potere surrogatorio del creditore: se anche questi, in date regioni, poteva agire verso il terzo per l'adempimento, doveva chiedere ciò che gli era dovuto dal debitore principale, e non già, ciò che fosse dovuto dal terzo al debitore principale.



siero degli autori successivi (16), dimostrano che il Basnage avrebbe dato al quesito una risposta positiva.

Ma, anche a voler formulare l'ipotesi opposta, non è per nulla dimostrato che « l'esercizio dei diritti altrui » non preceduto nè dal rilascio del titolo esecutivo, nè dall'autorizzazione, dovesse significare una legittimazione *concorrente* del creditore e del debitore, anzichè un trapasso di legittimazione dal debitore al creditore, conseguente all'ingerenza del creditore nel rapporto spettante al debitore, ed alla notifica al terzo della corrispondente volontà del creditore.

Come conclusione, mi sembra di poter negare con sufficiente tranquillità che, per quanto riguarda il diritto francese dei secc. XVII e XVIII, si sia raggiunta la prova dell'esistenza di un'azione surrogatoria generale. Le enfatiche contrarie enunciazioni generali degli autori si riferiscono semplicemente alla generica soggezione dei crediti alla esecuzione forzata.

La prova decisiva di questa conclusione è data dallo stato dello stesso diritto francese postnapoleonico, che si esaminerà in seguito.

§ 9. - I PROCEDIMENTI SPECIALI APPARENTEMENTE SURROGATORII NEL DROIT COUTUMIER FRANCESE.

Tuttavia si avverte, nel diritto francese dei secc. XVII e XVIII, un qualcosa di particolare, tale da consentire serie obiezioni e limitazioni alla soluzione or ora tratteggiata.

Ad esempio, nell'epoca di cui si tratta, assume notevoli dimensioni la disputa (che già aveva fatto capolino nelle trattazioni del diritto comune) (1), se l'inerzia del debitore, il

---

(16) Anche dopo la redazione del code Nap. fu viva in Francia la controversia sul punto, se il creditore potesse esercitare i diritti del debitore senza munirsi di un'autorizzazione giudiziale. Chi dava al quesito risposta negativa, esigeva (così almeno nella prima metà del sec. XIX) che il creditore fosse munito di titolo esecutivo (su ciò vedi oltre p. 68 fino a 74).

(1) Cfr. per tutti i rilievi dell'ACOSTA e del BRUNNEMANN.

ACOSTA, *De privilegiis* cit., praef. reg. I, n. 49: « creditores... exceptiones debitori competentes... optime obicere possunt: tum quia non

quale trascuri di compiere l'atto potestativo necessario per acquistare un diritto, fosse lecita o meno (2).

Questa disputa dimostra che i tempi diventano maturi per lo sbocciare di una reazione normativa contro l'inerzia illecita. Tale reazione non è necessariamente la garanzia surrogatoria a favore del creditore, poichè alla repressione dell'inerzia possono contribuire altrettanto bene: l'assoggettamento ad esproprio dello ius acquirendi; la revocatoria degli effetti dell'inerzia (ad es.: la revocatoria dell'estinzione per prescrizione); la proposizione coatta dell'azione o dell'eccezione ad opera del debitore (3). Si può dire, peraltro, che il sintomo in esame può interessare anche lo sviluppo dell'azione surrogatoria.

Altra circostanza da tener presente, in connessione con

---

debet esse in facultate debitoris fraudare creditorem...»; n. 46: « quando... contractus obligat debitorem ad acquirendum..., tunc dolus erit non acquirere... igitur debitor exceptiones sibi competentes opponere compellitur... ».

BRUNNEMANN, *Comment. cit.*, C. 4, 30, 15: « quia in omnibus his casibus est eadem ratio, quia posset alias debitor cum primo creditore colludere in necem posteriorum verorum creditorum ».

(2) CARONDAS, *Responses cit.*, III, IX, 145, afferma nettamente che « Debitur refusant et ne poursuivant ce qui luy est acquis, est réputé le faire en fraude de ses créanciers ».

COQUILLE, *Oeuvres cit.*, p. 49, esclude che in dati casi il signore indebitato possa essere costretto a pignorare un feudo aperto, in quanto ivi non agisce in frode dei creditori (nell'ipotesi opposta, la sanzione dell'inerzia sarebbe un'azione per costringerlo al pignoramento).

MORNAC, *Observationes cit.*, IV, XV, IV, afferma che il vocato alla successione può essere costretto a cedere il suo diritto, quando il rifiuto di adire l'eredità avvenga *in fraudem creditoris*.

DOMAT afferma (op. loc. ult. cit.) che per diritto romano, *in ciò diverso del diritto francese*, ciascuno può astenersi dall'aumentare i propri beni; per SERRES (op. loc. ult. cit.) invece l'inerzia del debitore è lecita; per LEBRUN (*Traité cit.*, liv. II, ch. II, sec. II, n. 42) il rifiuto di esercitare taluni diritti « passe pour une fraude manifeste » (applicazione alla rinuncia ereditaria, con conseguente coazione dell'accettazione, e, in un secondo tempo, accettazione obliqua); DE FERRIERE Cl., nel *Corps cit.*, esclude la illiceità del mancato acquisto, salva l'eccezione in tema di acquisti ereditari (t. 4°, art. CCC XVI, p. 660; conseguente coazione all'accettazione, o cessione forzata del diritto di accettare).

(3) Cfr. per le varie soluzioni: nota prec.; nota 27 al § 7.



questo sviluppo della teoria dell'illiceità dell'inerzia, è la sistematica degli autori dell'epoca, che spesso trattano nello stesso capitolo dell'azione revocatoria e dell'esercizio dei diritti del debitore da parte dei creditori (4).

Infine, se a suo tempo ho contestato la validità di taluni esempi di atto surrogatorio formulati dagli scrittori (ad es. la coazione alla proposizione dell'azione, esercitata contro il debitore), ora devo aggiungere che le stesse trattazioni allora citate ci offrono qualche esempio decisamente più plausibile. Si tratta di ipotesi tipiche, tratte da un autore all'altro, fra cui primeggia l'accettazione, da parte del creditore, dell'eredità a cui sia chiamato il debitore; tale accettazione fu indubbiamente consentita da almeno una delle coutumes francesi (5).

Si trattava, in questo caso, di un vero esercizio dei diritti spettanti al debitore?

Si può rispondere che, almeno in origine, il potere concesso al creditore ebbe natura revocatoria, e non surrogatoria.

---

(4) DOMAT, op. loc. ult. cit., tratta gradualmente, sotto la rubrica *De ce qui se fait en fraude du créancier*: dell'azione revocatoria; dei rimedii contro la rinuncia a successioni; dell'esercizio di azioni del debitore. ARGOU, *Institution* cit., p. 453 e sgg., tratta sia dell'azione pauliana, sia dell'esercizio dei diritti del debitore, sotto l'unica rubrica *De l'exercice des droits des débiteurs*. SERRES, *Institutions* cit., p. 562 (ove peraltro ammette la liceità dell'inerzia del debitore), tratta, sotto la rubrica *Si quis in fraudem creditorum rem suam tradiderit*, dell'azione pauliana (ivi comprendendo l'accettazione di eredità ad opera del creditore) e dell'esercizio dei diritti del debitore. Quest'ultimo scrittore è particolarmente significativo, perchè modella il suo passo sulle *Institutes* cit., del BOUTARIC, li. IV, ti. VI, § 6, dove si parlava invece della sola revocatoria, e, senza soluzione di continuità, della inefficacia della rinuncia all'eredità; ivi l'espressione « les créanciers entrent dans tous les droits de leur débiteur, et les peuvent exercer malgré lui » aveva il valore di semplice inciso, e comunque riguardava esclusivamente la materia successoria.

Nota il parallelismo con il SALGADO, ricordato nella nota 11 al § 7, e nel testo ivi.

(5) Forse la surrogazione fu introdotta in luogo di una precedente azione, rivolta a costringere il debitore affinchè accettasse. Forse essa fu introdotta in favore del creditore, per renderlo responsabile dei carichi ereditari. La prima ipotesi non esclude la seconda.

Infatti in Francia l'eredità si acquistava ipso iure (salvo il diritto di rinunziarla); per cui l'accettazione dell'erede era superflua. Il creditore, sia quando otteneva giudizialmente che il debitore fosse costretto a revocare la rinuncia, o che il giudice revocasse la stessa rinuncia, sia quando dichiarava di voler accettare la successione, in realtà *impugnava* la precedente rinuncia dell'erede, esercitando un potere che non sempre competeva al suo debitore (6), e che comunque aveva un fondamento diversissimo dal corrispondente potere del debitore stesso.

Una traccia dell'origine revocatoria dell'istituto è rivelata dal requisito del *consilium fraudis* del debitore rinunciante, che qualche autore pone fra i presupposti dell'accettazione ad opera del creditore (7).

La natura revocatoria dell'accettazione del creditore è ammessa talora da quegli stessi autori francesi che, trattandone, l'hanno rubricata sotto l'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore (8); anche se tale dato, già rilevato e suffi-

---

(6) Solo in taluni casi il vocato era ammesso a revocare la propria rinuncia (così quando si trattasse di eredità paterna o materna, ecc.); cfr. per ragguagli DE FERRIERE Cl., *Corps cit.*, sub art. CCCXVI, n. 30.

Ricorda peraltro che l'impugnativa della rinuncia fu dapprima ammessa solo per l'ipotesi di chiamata del discendente, e solo in seguito fu estesa all'ipotesi di chiamata del collaterale (cfr. BRODEAU sur LOUET cit., lettera R, n. 19 e sgg.).

(7) SERRES, op. loc. ult. cit., ARGOU, op. loc. ult. cit.

(8) Il BOUTARIC e il SERRES affermano (il primo in *Institutes cit.*, IV, VI, § 6; il secondo, in *Institutions cit.*, p. 562) che la pauliana romana non poteva reagire al mancato acquisto di una eredità da parte del debitore, in quanto «qui recusat adire haereditatem» non diminuisce il patrimonio; mentre la soluzione opposta vale in Francia, perchè (essendo gli acquisti mortis causa automatici) il ripudio di eredità diventa un atto positivo, inteso a diminuire il patrimonio. Dopo tale premessa (tutta solidamente ancorata ai principi dell'azione revocatoria), il SERRES conclude enfaticamente: «Ancora una volta, i creditori possono esercitare tutti i diritti del loro debitore, anche lui vivo e contro la sua volontà».

Anche l'azione intentata dal creditore per ottenere dal sostituto fideicommissario la restituzione dei frutti goduti per l'anticipato rilascio del fidecommesso da parte dell'erede onerato viene analizzata dal



cientemente illustrato dalla stessa dottrina comune, sembra sfug-

SERRES con riferimento alla massima sopra riportata tra virgolette: ep- pure è ben chiaro che l'azione di cui si tratta, ove sia ammessa dal diritto obbiettivo, è un'azione di tipo revocatorio (infatti reagisce ad un comportamento positivo del debitore, e non è detto che possa essere intentata dal debitore stesso: vedi in questo senso l'impostazione del BOUTARIC, loc. cit.). Tralasciando per il momento di soffermarci sul terzo esempio invocato dal SERRES (azione di rescissione per lesione enorme intentata dal creditore contro il terzo; su cui vedi oltre, nel testo), si nota la stonatura dell'inciso « Ancora una volta ecc. ». Si può dunque supporre che il SERRES abbia derivato la parte positiva della trattazione, e gli esempi, da un primo modello (il BOUTARIC, od un au- tore affine). L'esclamazione finale sarebbe invece tratta da uno di quei non rari testi, in cui esso era enunciato con la tacita riserva « purchè sia intervenuta una cessione od un esproprio » (un'allusione al potere del creditore, di esercitare i diritti del debitore, non manca in BOUTA- RIC, ma per questo autore un siffatto potere costituirebbe addirittura il fondamento dell'azione pauliana).

Più delicata appare la valutazione del passo dell'ARGOU, il quale fa addirittura rientrare in toto l'istituto della revocatoria (che egli dice scarsamente praticata) nell'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore. Per parlare di tale esercizio, egli prende le mosse dal- l'accettazione di eredità da parte del creditore, accettazione che sem- brerebbe subordinata al requisito del *consilium fraudis* presso il debi- tore (cfr. le allusioni al *débiteur frauduleux* nei cenni storici del- l'istituto); mentre, con l'esempio successivo, l'autore configura l'ipo- tesi di un creditore che, in pieno accordo con il proprio debitore e con il terzo, esercita i diritti del debitore e così si assicura un iniquo van- taggio alle spalle degli ulteriori creditori del terzo. Lasciando da parte quest'ultima ipotesi (su cui vedi oltre, nel testo), è chiaro che l'accet- tazione di eredità non può costituire, nemmeno nel sistema dell'ARGOU, un sicuro esempio di azione surrogatoria generale (basti pensare che il creditore esercita un diritto che oramai non spetta più al debitore).

Si può ricordare che il DE FERRIERE Cl., nel *Corps cit.*, t. 4<sup>o</sup>, p. 660, n. 21, sembra fare dell'accettazione ereditaria un fatto costitutivo (cfr. l'inciso « nous ne sommes pas censés aliéner et perdre ce qui n'est pas à nous »), mentre sembra fare della rinuncia un fatto impeditivo nel successivo *Nouveau commentaire cit.*, p. 347, (cfr. l'inciso « ...quoi qu'il soit permis à chacun de renoncer à ses droits »). Non credo peraltro che il diverso modo di espressione sia pienamente consapevole.

Il LEBRUN, *Traité cit.*, II, 2, 2, 42, afferma che l'accettazione ere- ditaria del creditore reagisce contro « un rifiuto », un « abbandono di diritti » (dunque contro un atto di disposizione di diritti già acquistati), e lascia credere che tale accettazione abbia carattere revocatorio (così viene ricostruito il suo pensiero dal CANTONI, op. cit., p. 10 e sgg.); ma poi aggiunge che l'istituto in esame *deroga* al principio secondo cui l'inerzia di chi non acquista diritti non costituisce frode ai fini dei prin-

gire a qualche storico recente (9).

La graduale confusione di questo procedimento revocatorio con un atto surrogatorio è peraltro spiegabile. Dapprima, l'istituto in esame costituì, nella sistematica degli autori francesi, il naturale *trait d'union* tra l'azione pauliana e gli esempi di *exercice des droits du débiteur*; più tardi taluni autori, avendo perso la nozione della funzione meramente impeditiva della rinunzia (ed essendo influenzati dall'opposto concetto romanistico per cui l'eredità si acquista con l'accettazione), considerarono l'accettazione del creditore come il prototipo dell'*exercice des droits du débiteur*.

---

cipii pauliani (e così lascia pensare che il creditore, accettando l'eredità, supplisca alla semplice inerzia del debitore).

Secondo DUMOULIN, che trapiantava nel diritto consuetudinario francese i concetti romanistici, il mancato acquisto dell'eredità seguiva alla mancata accettazione; la quale, essendo fatto negativo, sfuggiva ad ogni possibilità di impugnativa pauliana.

Egli perciò riteneva che contro la rinunzia semplice all'eredità i creditori fossero impotenti, mentre avrebbero potuto intentare una revocatoria se il debitore chiamato avesse rinunciato all'eredità dietro corrispettivo (perchè in tale caso la apparente rinunzia avrebbe avuto carattere di accettazione seguita da alienazione). Naturalmente, questa soluzione pareva insufficiente agli altri autori, che se ne mostravano scandalizzati (cfr. BASNAGE, *La Coutume* cit., sub art. 278).

Nella valutazione degli autori più recenti, l'accettazione di eredità ad opera del creditore, qual'è prevista dal diritto consuetudinario francese, appare come un'estensione dell'azione revocatoria (CICU, *Obbligazione* cit., p. 91).

(9) Il Bosc, in *Étude* cit., vede nell'accettazione di eredità da parte del creditore la prima documentazione storica di un'antica azione surrogatoria di origine consuetudinaria. L'art. 278 della *coutume* di Normandia, redazione 1577-1583, è il primo testo (in ordine di tempo) che si possa citare in questa direzione. Non si conosce lo stato anteriore delle consuetudini sul punto: e pertanto non è possibile stabilire in modo certo se tale art. affondi le sue radici in un principio di tipo revocatorio, o di tipo surrogatorio.

La lettera dell'art. 278 cit., con l'espressione ridondante « ..s'il renonce ou ne veuille accepter... » non suggerisce alcuna particolare ricostruzione dei suoi precedenti.

Sembra peraltro di poter dire che, se nelle consuetudini francesi fosse stata immanente un'azione surrogatoria generale, essa avrebbe lasciato tracce più vistose. Ricorda inoltre il silenzio serbato sull'istituto dal DUMOULIN e dal D'ARGENTRÉ (vedi nota 1 al § 8).



Così, attraverso un equivoco (cioè: attraverso la confusione fra revocazione di un atto, ed esercizio di diritti altrui), si operava, in Francia, un singolare fenomeno di agglutinamento: per cui l'accettazione obliqua di eredità veniva posta sullo stesso piano dell'esercizio di poteri altrui.

A parte l'accettazione di eredità ex persona debitoris, a parte le poche ipotesi di esercizio obliquo di diritti, menzionate dai repertorii o dagli autori, che si giustificano in base alle norme francesi regie (10), od alle norme di diritto comune concernenti il concorso (11), a parte infine altri casi, in cui l'esercizio dei diritti era verosimilmente preceduto da una surrogazione convenzionale (12), si nota che tutti gli altri esempi di esercizio di diritti del debitore da parte del creditore si concentrano intorno a tre figure:

1°: l'azione di rescissione per lesione enorme, intentata dal creditore contro il terzo, a cui il debitore abbia venduto (13);

---

(10) Mi riferisco all'esempio (proposto dal DU ROUSSEAUD DE LA-COMBE) facente perno sul potere di impugnativa riconosciuto al creditore in ordine a determinate sentenze (op. loc. ult. cit., n. 13). Tale ipotesi era prevista dall'ordinanza regia del 1667 destinata a regolare la procedura giudiziaria.

(11) Mi riferisco all'esempio portato da SERRES, *Institutions* cit., loc. cit., in cui il creditore oppone la prescrizione, di cui il debitore « ne voudroit pas se servir ». Tale esempio presuppone il conflitto fra due creditori (quello cui giova, e quello cui nuoce la prescrizione), ed inoltre il rimedio fatto valere è un'eccezione. Tutto fa pensare a una comune eccezione surrogatoria sollevata nel concorso.

(12) V. ARGOU, *Institution* cit., p. 455. Il creditore della donna coniugata subentra nell'ipoteca generale stabilita a favore della donna contro il marito, per obbligazioni da quella contratte a vantaggio di questi. Poichè tale ipoteca ha la stessa data del matrimonio, tutti i creditori del marito (successivi al matrimonio) debbono subire la prelazione stabilita a favore di quel creditore (ulteriore), il quale, ottenendo fideiussione dalla donna, subentri nell'ipoteca generale di cui sopra. Qui è chiara la collusione fra il creditore della donna, la donna stessa, ed il marito. E' pertanto legittima la supposizione che l'esercizio dei diritti della donna da parte del creditore fosse preceduto da una cessione (o dazione in pegno) dell'azione ipotecaria.

(13) E' significativo che lo ZUCCONI, a p. 779 dell'op. cit., enuncia questo come unico esempio di azione (e non, di semplice eccezione) surrogatoria, da lui riscontrata negli autori.

2°: la *condictio indebiti*, che il creditore dell'erede (il quale abbia adempiuto il fidecommesso avanti la scadenza) intenta contro il terzo beneficiario per ottenere la restituzione dei frutti;

3°: l'esercizio del riscatto, effettuato dal creditore ex persona del debitore che ha alienato.

Per esperire i rimedii indicati, non occorre che il creditore possa vantare un'ipoteca sui beni del debitore (14); il che differenza ulteriormente l'istituto in esame dai poteri derivanti dalla *obligatio bonorum*.

Soffermandoci ora sulla rescissoria, sulla *condictio dei frutti*, sul riscatto della cosa venduta, notiamo subito una nota peculiarissima, comune all'uno ed all'altro istituto: tutti questi rimedii, in quanto vengano promossi dal creditore, reagiscono non solo ad una inerzia attuale del debitore, ma anche ad un suo comportamento precedente, consistente in una alienazione svantaggiosa (15), od in un atto compiuto in pura perdita. Per cui, l'impugnativa della vendita, o la *condictio dei frutti*, possono essere concesse al creditore anche in via revocatoria.

Le singolari circostanze finora esposte (riduzione degli esempi di azioni fatte valere in via surrogatoria alle ipotesi

---

(14) Esclusa l'ipotesi del riscatto, su cui non è facile pronunciarsi.

La giurisprudenza francese riferita dal MAYNARD, *Notables questions*, cit., III, 70, su cui si fondano BRILLON e gli altri raccoglitori, non richiede l'ipoteca per l'esperimento della rescissoria. SERRES concede la rescissoria e la *condictio dei frutti* anche ai creditori successivi alla vendita, della cui rescissione si tratta, indipendentemente dal requisito dell'ipoteca; neanche DE FERRIERE Cl. J., *Dictionnaire* cit., fa menzione di tale requisito (anzi, parla dell'azione rescissoria obliqua sotto la rubrica *créancier*, e non già, sotto le successive voci — più specializzate — *créancier hypothécaire*, o *privilegié*).

Quanto al potere di accettazione obliqua di eredità, sembra probabile che esso sia stato concesso solo a chi fosse creditore prima della rinuncia (cfr. documentazione in DE FERRIERE, *Corps* cit., IV, sub art. CCCXVI, n. 23).

(15) La sproporzione fra le prestazioni è immancabile quando si tratti di vendita viziata da lesione *ultra dimidium*; ed è per lo meno normale quando si tratti di vendita con patto di riscatto.



su esposte; ambivalenza, in tutte le ipotesi surriferite, del processo revocatorio e di quello surrogatorio) sono sufficienti a far avanzare la congettura che segue.

I giuristi francesi, in una certa epoca, constatarono che lo stesso atto poteva essere attaccato sia dal debitore (con la rescissoria, con il riscatto, o con la *condictio indebiti*) sia dal creditore (con l'azione revocatoria). Gradualmente, perdettero la nozione del distinto significato delle due forme di legittimazione; il che fu reso particolarmente facile dal nome di *action rescissoire* (16), frequentemente attribuito all'impugnativa degli atti fraudolenti, e dalla tormentata storia del requisito del *consilium fraudis*.

Quando in Francia ed altrove perse terreno l'azione pauliana generale (17), perchè sopraffatta dalla ben più energica garanzia fondata sulla *obligatio bonorum* (18), si salvarono dal naufragio dell'istituto la revocatoria della rinunzia ere-

---

(16) Vedi questa nomenclatura ancora in TAMBOUR, *Voies d'exécution* cit., II, p. 333; e, fuori di Francia, in DE LUCA, op. loc. cit.

(17) Il DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (op. cit., ult. cit.) nega addirittura l'applicabilità dell'istituto per diritto francese; MERLIN accusa questo autore di semplice « esagerazione »; anche ARGOU dice poco praticato l'istituto, pur negando che sia desueto. A differenza dei precedenti, il BOUTARIC ed il SERRES si dilungano sulle differenze di regolamento fra azione revocatoria romana e francese (*Institutes* cit., IV, VI, § 6; *Institutions* cit., p. 562). Il COQUILLE ed il DOMAT ammettono la piena applicazione dei principii romani.

Un argomento favorevole alla vitalità della pauliana in Francia è costituito dall'ordinanza regia del 1673 sul commercio, che dedica una congrua trattazione alla revocatoria fallimentare.

(18) Di fatto, quasi tutti i crediti di una certa entità erano protetti dall'ipoteca immobiliare generale, e nessun creditore faceva affidamento sul patrimonio mobiliare dell'obbligato. Il creditore ipotecario non aveva interesse alla revoca di alienazioni onerose o gratuite disposte dal debitore, in quanto tali alienazioni non pregiudicavano punto le sue garanzie, che erano opponibili a chicchessia. Fra gli autori del diritto comune sorse a questo proposito una grave disputa, perchè in una certa epoca si negò che il creditore ipotecario potesse agire in revocatoria (così A. FABRO, *Coniecturae* cit., li. XX, ca. 6; SCHIFORDEG, lib. 1 ad A. Fabr., Tract. 8, quest. 1, 2, 3; contra VOET, *Commentarius* cit., XLII, 8, 3; PEREZIO, *ad Cod.* cit., VII, 75, 4; RICHERI, *Iurisprudentia* cit., li. IV, ti. VI, § 202, VULTEIO, *ad § 6 Inst., De action.* n. 49).

ditaria, dell'atto affetto da lesione ultra dimidium, della vendita con patto di riscatto, e del rilascio anticipato di fidecom-messo, perchè si trovò il modo di puntellare (più o meno adeguatamente) tali applicazioni, ricorrendo alla teoria dell'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore.

Questa assimilazione graduale spiega anche la sistematica francese dell'epoca, che suole trattare dell'esercizio delle azioni del debitore in calce all'azione revocatoria, o, più curiosamente, dell'azione pauliana in calce all'esercizio dei diritti del debitore (19).

Simili illazioni possono trarsi senza sforzo dai connotati che l'esercizio dei diritti dei debitori assume presso gli autori finora passati in rassegna. Peraltro, lo sviluppo storico sopra esposto trova una prova diretta, e non soltanto induttiva, nella fonte prima della tradizione che concede al creditore l'azione di rescissione per lesione ultra dimidium.

E' noto che, su tale punto, gli stessi studiosi delle coutumes citano come precedenti alcuni passi di Carondas, Maynardo e Brillon. I passi del Carondas appaiono noti di seconda mano attraverso la citazione di Maynardo e di Brillon, il passo di Brillon non dice nulla o quasi (20). La fonte principale è dunque il Maynardo.

Questo autore scriveva per diritto comune (la sua opera è

---

(19) Il progetto del titolo II del libro III del code civil che poi fu chiamato Napoléon conteneva di seguito agli art. 61 e 62 (relativi rispettivamente all'esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore, ed all'azione revocatoria) un art. 63 (che fu poi trasportato nella sezione relativa alla rinuncia di eredità, art. 788 code Nap.), che prevedeva la rinuncia, operata dal debitore, ad una successione o ad una donazione già accettata.

(20) *Dictionnaire arrests* cit., voce Créancier, sottovoce droits du débiteur: « Un créancier peut exercer les droits de son débiteur, arrest du Parlem. de Paris du 9 juin 1698, Journal des audiences, to. 5 li. 14, ch. 8 ». Nel *Dictionnaire civil et canonique, contenant ...les principes du droit françois, conféré avec le droit romain*, Parigi 1687 (anonimo, ma notoriamente scritto dal BRILLON), non si fa cenno di tale potere del creditore.



un commento di decisioni prese sulla scorta del corpus iuris) (21). Come si spiega dunque che egli sia giunto a concedere « le remede d'outre moitié » al creditore? Nel corso del passo (22) egli dice testualmente che, se il creditore chiedesse la lettera di rescissione dell'alienazione compiuta dal debitore, l'acquirente gli opporrebbe fondati fins de non recevoir; e che viceversa è lecito ai creditori intentare un'azione revocatoria contro la vendita effettuata per un prezzo inferiore alla metà del valore del fondo, la quale si presume senz'altro fraudolenta. Se un capitolo del MAYNARDO ha tratto in inganno numerosi commentatori (23), la stessa rubrica del capitolo ha cura di chiarire che « le remede d'outre moitié » può essere intentato dai creditori *de iure creditorum* (e non, viceversa, *ex persona debitoris*) (24).

Si conferma così che l'azione pseudosurrogatoria avente ad oggetto il rimedio di *ultradimidium* era all'inizio una revocatoria, di origine schiettamente romanistica. Gli studiosi del diritto applicato l'hanno poi avvicinata alla pseudosurrogatoria

---

(21) Il titolo dell'opera è precisamente: « Notables et singulieres questions du droit écrit, décidées et jugées par arrests de la Cour... de Tholose » (si noti l'espressione: diritto *scritto*). Sono chiamati ad ispirare la soluzione dei problemi di cui oltre « L. edic. 3 C. si advers. fisc. et alibi saepius ».

(22) Si tratta del passo li. III, ch. LXX, che si trova citato ad ogni piè sospinto nella teoria del nostro istituto.

(23) Il linguaggio del MAYNARDO non è sempre facile, nè chiaro; il che moltiplica le possibilità di erronee interpretazioni. All'inizio del passo parrebbe di poter leggere che « i creditori..., vivendo il debitore, possono... rivolgersi contro colui che ha acquistato il fondo ». Ma la frase, resa pittoresca dallo scarso rispetto della *consecutio temporum*, è più complessa, e dice: « Sorge la difficoltà di decidere se i creditori, essendo morto senza eredi il debitore, supposto inoltre che — *durante la vita del debitore* — i creditori non avessero avuto modo di farsi pagare, *possono rivolgersi* ecc. » (ho sottolineato le parole che, avvicinate le une alle altre, hanno lasciato leggere una pretesa massima progenitrice dell'art. 1166 cod. Nap.).

(24) Quanto esposto sopra valeva solo per i creditori chirografarii. Peraltro il MAYNARDO riconosceva al creditore ipotecario il potere di perseguire il fondo venduto dal debitore, senza nemmeno offrire all'acquirente la restituzione del prezzo: anche il potere fondato sull'ipoteca ha dunque una natura non surrogatoria.

avente ad oggetto la accettazione ereditaria, risultante, a sua volta, dall'incrocio fra un principio romano (revocabilità dell'atto fraudolento) ed un principio consuetudinario (natura positiva della rinuncia all'eredità).

Per non appesantire troppo la ricerca, darò un cenno più sommario del potere, riconosciuto al creditore, di esercitare il riscatto che il debitore si sia riservato al momento dell'alienazione.

Preliminarmente va osservato che tale potere non s'inserisce nella genesi storica dell'art. 1166, tanto è vero che, nello stesso code Nap., è regolato a parte (e cioè sub art. 1666, in tema di patto di riscatto; anche il cod. civ. it. 1865 regolava l'azione surrogatoria all'art. 1234 e il potere di riscatto del creditore all'art. 1521, 2° co.); sebbene le concrete divergenze di regolamento fra l'ipotesi generale di cui all'art. 1166, e l'ipotesi di cui si tratta, fossero e siano controvertibili e controverse (25).

---

(25) L'art. 1166 fa salvo, a favore del terzo, un beneficio di escussione. Si è cercato di spiegare tale regola in varii modi.

In un primo tempo, qualcuno l'ha considerata una piana applicazione del beneficio di escussione che, per cod. francese, spetta al terzo possessore di cosa ipotecata (DEMOLOMBE, op. cit., n. 115 bis, MARCADE', op. cit., sub art. 1666, e molti altri). In tal modo l'azione dell'art. 1666 verrebbe negata al creditore chirografario (salva l'esperibilità della comune azione surrogatoria, la quale peraltro importava, a carico del creditore, l'onere di pagare il prezzo del riscatto). Ovviamente, questa spiegazione non regge di fronte a quelle legislazioni (belga, italiana) in cui, di massima, il terzo possessore di cosa ipotecata non gode il beneficio dell'escussione.

Nella seconda metà del secolo scorso tale interpretazione è stata criticata anche in Francia, perchè renderebbe superfluo l'art. cit., e perchè imporrebbe una distinzione *praeter legem* fra creditore ipotecario e chirografario (PLANIOL, RIPERT, HAMEL, *Traité prat. du droit civ. franç.*, X, *Contrats civils*, I, *Vente*, n. 194; BAUDRY LACANTINERIE e SAIGNAT, *De la vente et le l'échange* cit., n. 637).

Una corrente ha definito la norma contenuta negli artt. 1666 e 1521, 2° co., citt. come una deroga (sfavorevole al creditore) ai comuni principi sulla surrogazione, deroga giustificata dall'equità, o dalla particolare gravità del potere riconosciuto al creditore ai fini del riscatto (CHIRONI, op. cit., Bosc, *Étude* cit., p. 132 e sgg.).

Da altri l'art. 1666 (o meglio, il corrispondente art. 1521, 2° co., cod. it.) è stato considerato come un'applicazione piana del requisito



Preciserò inoltre che anche là, dove le fonti parlano di un esercizio del riscatto ad opera dei creditori, esse alludono, nella maggior parte dei casi, alla semplice possibilità di trasferire o di espropriare il potere di riscatto (26).

Ciò premesso dirò che, ove anche fossimo in presenza di fonti che concedono ineccepibilmente al creditore di effettuare il riscatto *absque cessione*, le più plausibili origini dell'istituto si ridurrebbero a due:

forse si tratta (almeno in origine) di un potere apparentemente surrogatorio, ma effettivamente revocatorio: il che è perfettamente spiegabile, poichè la vendita con patto di riscatto viene conclusa normalmente a condizioni rovinose;

forse si tratta invece di una normale applicazione dei principii sull'ipoteca.

In ogni caso, l'esercizio del patto di riscatto da parte del creditore non affonda le sue radici nella consuetudine; esso è elaborato nell'ambito dei principii del diritto scritto, e risale al pensiero di autori non tutti francesi, anteriori allo stesso De Olea.

Qual'è dunque, in sintesi, la reale portata della massima «*créancier peut exercer les droits et les actions du débiteur*»?

Tale massima ha innanzitutto un valore *generale* condizio-

---

del *periculum damni*, sempre insito nella fattispecie che dà luogo al potere di agire in via surrogatoria. Anche con questa spiegazione, l'art. 1521, 2° co., diventa superfluo (GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino 1937, in *Trattato VASSALLI*, p. 309; e ivi citazioni).

Altri infine hanno considerato il potere di cui all'art. 1666 come del tutto autonomo rispetto all'azione ipotecaria e rispetto all'azione surrogatoria (BORSARI, *Commentario cit.*, sub art. 1521, § 3573, secondo cui l'art. 1521, 2° co., cit., è inapplicabile ogni qual volta il creditore esperisce l'azione ipotecaria, o procede in via surrogatoria).

Fra gli autori italiani, non si è mancato di sostenere che il 2° co. dell'art. 1521 rappresentava il frutto di una mancata armonizzazione del regolamento del patto di riscatto e dell'azione ipotecaria (BORSARI, *op. loc. cit.*).

(26) Il problema dell'esproprio del potere di riscatto era complicato dall'incredibilità di tale potere (o, come si diceva un tempo, del patto). DE CASTRO P., *Consiliorum cit.*, ritiene che il patto *de retrovertendo*, normalmente non cedibile, fosse invece trasferibile a favore di un creditore del cedente, perchè in tal caso l'atto di disposizione avverrebbe *ex causa necessaria*.

nato (cioè: « purchè preceda una cessione spontanea o forzosa del diritto o dell'azione dal debitore al creditore »); mentre acquista una portata limitata e speciale, ma incondizionata, quando si riferisce all'accettazione ereditaria, alla rescissione, al riscatto, alla *condictio*, od alle eccezioni fatte valere in sede di concorso.

Nel suo primo significato, la massima vale semplicemente a sconfessare il canone romanistico dell'intrasmissibilità delle azioni e dei crediti; nel secondo significato, essa enuncia il principio della concorrente legittimazione del creditore e del debitore all'azione, od all'eccezione. Per accertare se la legittimazione del creditore abbia acquisito natura propriamente e meramente surrogatoria (per sapere cioè se il diritto esercitato dal creditore spettasse solo al debitore o ad entrambi), bisognerebbe sapere come reagiva, sul potere del creditore, l'eventuale rinuncia o transazione operata dal debitore: se l'istituto aveva le origini che la mia ricostruzione tende ad attribuirgli, e se nel decorso di tempo l'influenza di queste origini non si è spenta, tutto lascia supporre che il potere del creditore fosse del tutto autonomo rispetto alle vicende del diritto del debitore, e che l'eventuale transazione o rinuncia del debitore non nuocesse al creditore (27).

La massima polisensa sull'esercizio dei diritti del debitore passò senza contrasti nel code Nap. (art. 1166). Poichè le formule legislative (a differenza dei proverbi giurisprudenziali) non possono normalmente assumere, a seconda dei casi, due opposti significati, l'azione rescissoria (28) si allineò definitivamente con ogni altra azione, e gli interpreti dovettero optare fra la concezione di una cessione *ex lege* dell'esercizio dei diritti, e la concezione di un procedimento surrogatorio in senso tecnico (legittimazione del creditore all'esercizio di diritti tuttora spettanti al solo debitore).

---

(27) A parte il caso delle eccezioni fatte valere nel concorso, di cui ho parlato altrove.

(28) Coll'emanazione del code Nap., perdeva ogni consistenza la questione relativa all'adempimento anticipato dell'onere fidecommissario.



Lo stato del pensiero francese e non francese in questo periodo di tempo illumina indirettamente il pensiero dei giuristi dei secoli anteriori. Se risulterà che, nemmeno nei primi decenni successivi alla codificazione, un'azione surrogatoria generale in senso tecnico fu nota alla dottrina, questa sarà la prova più convincente della ricostruzione, da me proposta, dello stato del diritto anteriore.

§ 10. - NASCITA DELL'AZIONE SURROGATORIA GENERALE NELLA GIURISPRUDENZA FRANCESE DEL SEC. XIX.

Ciò premesso, osservo che, almeno fino al 1862, in sede di interpretazione del code Nap., o di applicazione del diritto non codificato nei tempi e nei paesi in cui il code Nap. non fu in vigore, furono rappresentate tutte le concezioni dello esercizio dei diritti del debitore, che già ho riscontrato nei giuristi del diritto comune, o del diritto francese prerivoluzionario.

Anche in questa ulteriore fase vengono talora qualificati come casi di esercizio di diritti del debitore fenomeni che nulla hanno a vedere con il procedimento surrogatorio: ad es., il potere di sequestrare quanto è dovuto al debitore (1).

Talora, gli autori si preoccupano semplicemente di riaffermare che, ai sensi dell'art. 1166, i crediti sono trasferibili; questo concetto viene espresso o in forma diretta (2), o negando che l'art. 1166 code Nap. innovi rispetto al diritto romano (3), o

---

(1) MERLIN, *Repertorio* cit., voce *Creditore*, n. 7 (il testo pubblicato in francese nel 1807 non tiene conto del code Nap.); DURANTON, *Cours* cit., VI, p. 195, n. 545, per code Nap.; Corte d'app. di Piemonte 11 ottobre 1856, in *Diario forense* 1856, p. 772 e sgg. (per codice albertino).

(2) REGIS, *Dizionario* cit., voce *Creditore*, 482 « Il creditore ipotecario, o qualunque altro, può agire in forza della cessione delle azioni ad esso lui fatta dal debitore ». Evidente l'inserimento successivo della frase « o qualunque altro ». L'aut. cit. si è forse ispirato ad un testo di diritto comune che parlava della cessione *tacita* di azioni al creditore *ipotecario*: credendo che lo stesso testo si riferisse alla cessione espressa, pensò di estendere l'applicazione ad un maggior numero di casi.

(3) Così MALLEVILLE, uno dei redattori del code Nap. (vedi notizie in MARCADE', op. cit. sub art. 1166); id. *Manuale forense Pomba*, Torino 1841, sub art. 1257 del codice albertino.

affermando che l'art. 1166 vale solo a limitare la portata del precedente art. 1165, contenente il tradizionale principio *alteri stipulari nemo potest* (4). Questi scrittori svuotano di ogni pratica importanza la norma in esame, e rinviando alle norme comuni sui trasferimenti, sul pignoramento, sul sequestro, ecc., per chiarire come possa diventare attuale il potenziale potere di esercizio dei creditori.

L'insegnamento ricordato da ultimo lasciò tracce (attenuate) presso quanti vedevano nel conferimento negoziale di poteri, dal debitore al creditore, il presupposto *normale* per l'esercizio dei diritti del debitore stesso (5).

Altre volte, il principio surrogatorio viene invocato per giustificare semplicemente la proponibilità di eccezioni tra concorrenti (6); talora, infine, la lata enunciazione del principio surrogatorio è seguita da una significativa casistica rigida e tipica, che contempla i soli esempi tradizionali: l'accettazione di eredità e l'azione rescissoria per lesione (7).

Pochi decenni dopo l'entrata in vigore del cod. Nap., questi insegnamenti involutivi vengono superati da una *communis opinio* dottrinale, imperniata su questo schema: l'art. 1166 cod. Nap. considera un trasferimento di poteri dal debitore al creditore, operato in virtù di una surrogazione giudiziale (8).

La surrogazione giudiziale viene talora presentata come

---

(4) DELVINCOURT, *Institutes*, cit., II, p. 268; DEMANTE, *Programme* cit., p. 347 e nota 2 a p. 348.

(5) MOURLON, *Répétitions* cit., nn. 1170 e sgg.

(6) Cfr. sentenza del Senato di Genova 26 luglio 1817, in *Giurispr. cod. civ.*, Alessandria, anno 1842, 76, in nota. Nella specie, un creditore chirografario contende con altri creditori muniti di ipoteca.

(7) Ancora MALLEVILLE, nel luogo cit.; e MERLIN, op. loc. cit.

(8) Per un certo periodo, fu questa l'opinione dominante in dottrina: TOULLIER, *Droit civil* cit., t. III, n. 370, p. 368; PROUDHON, *De l'usufruit*, t. V, n. 2236 a 2257; DEMANTE, *Programme* cit., n. 81, nota 1; MARCADE', *Explication* cit., sub art. 1166; oltre a ROLLAND ed altri meno noti. La giurisprudenza francese, nella prima metà del sec. XIX, si acconcio a questa tesi.



modo di cessione di azione (9), e talvolta, invece, come mandato (10); a seconda delle premesse, il creditore viene considerato come avente causa o, all'opposto, come rappresentante del debitore.

Peraltro, si ricordi che il mandato ad agire del diritto romano e comune era la forma e lo strumento mediante il quale si realizzava la cessione del credito; e che quindi fra cessione e mandato poté continuare a sussistere una diversità più di parole che di concetti (11) (senza contare che l'espressione « agire in nome altrui, du chef du débiteur » non ha, in quest'epoca, alcun significato tecnico) (12). O, se mai si fece una distinzione,

---

(9) MARCADE', DEMANTE, ecc. Essi sostengono la equiparazione della surrogazione alla cessione convenzionale. In armonia con quest'idea, si afferma che la surrogazione deve essere notificata al debitore, il quale non potrà più riscuotere nè transigere, nè, tanto meno, alienare il diritto che il creditore intende far valere (COLMET DE SANTERRE, op. loc. cit.).

(10) Ad es. MOURLON, *Répétitions* cit., n. 1170 e sgg., nel riferire la teoria (da lui peraltro rifiutata) della surrogazione; DURANTON, *Cours* cit., VI, p. 195, ma senza pronunciarsi esplicitamente a favore della necessità dell'atto di surrogazione.

(11) Ne abbiamo la prova leggendo DURANTON, *Cours* cit., loc. cit. Tale autore considera i creditori procedenti ex art. 1166 code Nap. come rappresentanti del debitore, i quali agiscono a suo nome; tuttavia è ben lontana dal suo pensiero l'idea che il debitore, una volta che il creditore ha preso a rappresentarlo, facendo valere un diritto, possa ancora ingerirsi nello stesso diritto transigendo o riscuotendo (cfr. infatti l'esposizione delle limitate differenze che l'autore scorge fra gli effetti dell'azione surrogatoria, e gli effetti del sequestro).

(12) Anche la storia dei vocaboli ha un certo interesse. Originariamente l'espressione « ex persona debitoris », attribuita all'attività del creditore o di altri, significò semplicemente che la posizione del creditore o di altri trovava la sua genesi nella posizione del debitore. Così già GAIO, a proposito del bonorum emptor, dice che egli « ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam » (IV, 34, 35). Nè quella conversio supponeva la finzione di identità fra emptor e debitore, perchè anzi il primo si fingeva semplicemente erede del secondo.

Lo stesso dicasi dell'espressione « debitoris nomine ». Cfr. GAIO, IV, 65, a proposito del bonorum emptor che agisce *defraudatoris* nomine (e cfr. SOLAZZI, *Concorso* cit., II, p. 161, il quale ci conferma che qui l'espressione *def. nomine* indica la genesi del debito).

In D. 42, 5, 25 l'espressione eo nomine vale « a tale titolo ». In C. 4,

essa operò in questa direzione: che il creditore procedente ex art. 1166 doveva ripartire il ricavato con gli altri creditori, a differenza del creditore che abbia promosso un sequestro od un pignoramento (13).

Verso la metà del secolo scorso, nuovi orientamenti rivoluzionano la giurisprudenza francese, mentre svolte parallele si operano nell'atteggiamento della dottrina.

La Cassazione prende infatti a decidere che l'esercizio delle azioni e dei diritti del debitore può avere luogo senza previa surrogazione giudiziale (14); nel frattempo, svanisce ogni residua distinzione fra creditore ipotecario e creditore chirografario (15), e fra creditore con credito anteriore, o successivo, alla costituzione del diritto del debitore (16).

La vanificazione della fattispecie che dà luogo al potere del creditore prende a marcare le differenze esteriori fra azione surrogatoria e sequestro. Soprattutto, essa tende a vedere una norma conclusa e perfetta in quell'art. 1166 code Nap., che fino allora era stato concepito come una norma integranda, conte-

---

30, 15, la frase «*exceptio competit [non numeratae] dotis vel alterius causae nomine*» significa «eccezione di dote [non numerata] o avente altro contenuto».

La varietà dei termini e dei risultati si trova negli scrittori del diritto comune. GAYO (*Tractatus* cit., loc. cit., n. 1827) dice che in sede di concorso il creditore solleva eccezioni contro altri creditori *ex persona debitoris*.

Quando gli autori francesi dicono che il creditore agisce «*au nom de son débiteur*», o «*du chef du débiteur*», non danno a queste locuzioni un significato preciso.

Nella dottrina italiana si segnala addirittura l'uso promiscuo e indifferenziato dei termini *successore* — *avente causa* — *rappresentante* (BORSARI, *Commentario* cit., § 3165 sub art. 1234: «*I creditori... nella qualità di aventi causa sono successori dei debitori nel proprio interesse, e in siffatto rapporto li rappresentano*»).

(13) DURANTON, op. loc. ult. cit., e molti autori successivi.

(14) Cass. 23 gennaio 1849, ricordata da molti autori, cfr. *Jur. gén. Dalloz* 1873, sub art. 1166, n. 134, Req. 2 luglio 1851. Corte Angers 25 agosto 1852, Corte Bourges 21 maggio 1859, tutte ivi.

(15) Corte Colmar 1 febbraio 1855, in *Jur. gén. Dalloz* 1873, sub art. 1166, n. 3.

(16) Sent. Corte Limoges 13 febbraio 1828, e successive, in *Jur. gén. Dalloz* 1873, n. 7-9.



nente un implicito rinvio alle norme sostanziali e processuali sul trasferimento, pignoramento, e sequestro dei crediti e delle azioni.

Considerare l'art. 1166 come un corpus concluso a sè stante ed interpretarlo di conseguenza, significò anche staccarlo dai suoi immediati precedenti storici (oltrechè dalla volontà probabile dei redattori).

L'interpretazione dell'articolo quale entità a sè stante non portò soltanto alla vanificazione della fattispecie, ma eliminò altresì un importante sostegno del concetto della surrogazione-trasferimento; infatti, essa rifuggì dal vedere escluso ogni potere del debitore dal diritto fatto valere dal creditore, là dove l'art. in esame non fa menzione di questa esclusione. Dalla negazione dell'esclusione del debitore dal diritto esercitato del creditore, sgorga spontanea la concezione della legittimazione concorrente (del creditore e del debitore) all'azione, ed il riconoscimento dell'appartenenza al debitore del rapporto fatto valere.

Nel 1862 la Cassazione di Francia, ispirandosi a queste premesse logiche, enunciava la massima fondamentale, secondo cui i creditori che esercitano i diritti del debitore non lo privano del diritto di disporre; e che perciò il debitore può, anche dopo che il creditore ha preso ad agire in ordine ad un determinato rapporto, transigere con il terzo, salvo il caso di frode (17).

In questa sentenza non si parla del diritto del debitore di riscuotere, diritto che marcherebbe nel modo più fermo l'alienità del diritto fatto valere dal creditore. Ma in sostanza tale alienità è sufficientemente e limpidamente affermata.

Dopo un mezzo secolo anche la Cassazione italiana aveva occasione di proclamare il medesimo principio (18).

---

(17) Req. 18 febbraio di tale anno, in *Dalloz per.* 1862, I, 248, e in tutte le raccolte dell'epoca.

(18) Dapprima Cass. Napoli 20 febbraio 1919, in *Foro it.* 1919, I, 404; e poi Cass. Regno 29 gennaio 1932, n. 359, ined. La prima sentenza parla di disponibilità da parte del debitore in genere. La seconda, di transazione conclusa dal debitore.

Queste sentenze costituiscono l'atto di nascita dell'azione surrogatoria generale; in esse ha fine la serie delle alterne fasi evolutive ed involutive del nostro istituto.

Tali sentenze peraltro, se segnano nel loro insieme una tappa fondamentale nell'evoluzione storica del diritto applicato, non estinguono senz'altro le divergenze dottrinali, le esitazioni della giurisprudenza periferica, i residui di insegnamenti superati (19).

Ecco un cenno delle varie correnti che si sono contese il campo nei vari paesi latini fino alla data di entrata in vigore del nuovo cod. civ. it.

Anzitutto, va ricordato che nel 1856 prende ad occupare un suo posto nella dottrina la teoria secondo cui l'esercizio del diritto del debitore da parte del creditore presuppone il titolo esecutivo rilasciato a favore del creditore contro il debitore (20). Questo insegnamento, che equipara l'esercizio dei diritti ad un pignoramento, non ottiene il minimo seguito in giurispruden-

---

(19) Per questi residui basti dire che la giurisprudenza ha dovuto respingere gli ultimi tentativi di riannodare l'azione surrogatoria al presupposto del consenso delle parti interessate. Vedi in Italia Cass. Firenze 25 gennaio 1897, in *Annali* 1897, 66; Cass. Palermo 19 agosto 1915, in *Foro Sic.* 1915, 475; App. Venezia 2 settembre 1926, in *Riv. dir. com.* 1926, 620.

(20) E' la ben nota teoria del LABBE', *Exercice* cit., apparsa nel 1856; essa viene accolta dallo HUC, *Cession* cit., I, p. 122. Il COLMET DE SANTERRE, *Cours* cit., V, sub art. 1166, si dichiara favorevole, cumulativamente, al requisito del titolo esecutivo ed a quello della surrogazione giudiziale (risp. p. 118 e 119). Contro, tutti gli autori successivi.

In Italia, la teoria è accolta dal CHIRONI, *Istituzioni* cit., § 307.

Il cod. civ. spagnolo riflette questo stadio dell'elaborazione dell'istituto. L'art. 1111 si limita infatti a sancire che l'esecuzione può aver luogo anche sui diritti e sulle azioni; si insegna che tale esecuzione presuppone sì l'insufficienza dei beni mobili e immobili del debitore, ma non, un vero accertamento preventivo di tale insolvibilità (vedi SANCHEZ ROMAN, *Estudios de derecho civil*, Madrid 1899, IV, p. 290; Cass. 31 dicembre 1895, in Cod. civ. commentato da MARTINEZ RUIZ, Madrid 1909, VII, sub art. 1111, p. 144; Cass. 23 giugno 1903, in Cod. civ. annotato da CATALA' y GAVILA, sub art. 1111; Cass. 2 giugno 1920, in Cod. civ. esp., tr. fr. LE PELLEY, Parigi 1932, sub art. 1111).

Il diritto spagnolo non conosce dunque un'azione surrogatoria in senso proprio.



za (21), e presto scomparire anche dal campo della dottrina, lasciando però le tracce di sè nell'ulteriore disputa, se il creditore debba avere, o meno, un diritto certo, liquido ed esigibile, come si tende a richiedere in Francia pur senza un sicuro appiglio nella legge (22); e se il creditore debba far precedere

(21) Vedi infatti, in Francia, Corte Bordeaux 5 dicembre 1935, Corte Digione 26 gennaio 1870, entrambi in *Jur. gén Dalloz* 1873, art. 1166, n. i 1 e 2; e Cass. 8 luglio 1901, ricordata in AUBRY et RAU, 6<sup>a</sup> ed. cit., p. 180; in Italia, vedi App. Bologna 10 novembre 1933, mass. in *Temi emil.* 1934, 56.

(22) Cass. 25 marzo 1942 (req.) in *Rec. Dalloz* 1924, table arrêts, obligation, n. 10; Trib. Senna 25 ottobre 1936, in *Rec. Dalloz* 1936, Table arrêts, obligation, n. 7. In dottrina, aderiscono a questa linea più rigida BEUDANT, *Cours cit.*, VIII, n. 626; CROME, *Teorie cit.*, § 23, p. 311; DEMOLOMBE, *Cours cit.*, XII, n. 100; HUC, *Cession cit.*, n. 78, p. 120; LAURENT, *Principes cit.*, XVI, n. 393; BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations cit.*, n. 629; PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, *Traité cit.*, VII, II, n. 914; BOSC, *Exercice cit.*, p. 68; JOSSEMERAND, *Cours cit.*, II, n. 669; GAUDEMET, *Obligations cit.*, p. 402. Non mancano peraltro opinioni diverse. AUBRY e RAU, *Droit cit.*, 6<sup>a</sup> ed., IV, p. 182, chiedono che il credito sia esigibile, anche se illiquido, per l'esercizio dei diritti del debitore con fine di soddisfacimento; mentre accolgono un criterio più largo per l'esercizio con fine conservativo (p. 181); su posizioni analoghe si trova DEMOGUE, *Obligations cit.*, VII, n. i 959, 962 (salva l'esplicita equiparazione del credito risolutivamente condizionato al credito puro). COLIN e CAPITANT, *Cours cit.*, II, n. 435, chiedono soltanto che il credito sia certo. LAROMBIERE, *Cours cit.*, II, sub art. 1166, n. 21, non chiede altro requisito che la esistenza del credito.

La giurisprudenza italiana non ha una linea precisa, ma è orientata verso la larghezza. La Cass. Torino (sent. 19 gennaio 1914, in *Giur. tor.* 1914, 320) chiedeva la sola certezza del credito; la Cass. Regno, che nel 1935 (sent. 3 giugno, in *Foro it.* 1935, I, 1474, e 26 luglio, n. 3008, ined.) si accontentava anche di un credito condizionato, purchè la condizione sia prossima e probabile, nel 1939 enunciava l'idea del credito certo ed attuale (sent. 7 marzo, in *Foro It.* 1939, I, 1407). La giurisprudenza locale è più oscillante. App. Firenze 7 luglio 1902, in *Annali* 1902, 392, non chiede nè la certezza nè la liquidità. Trib. Napoli 1 febbraio 1933, mass. in *Riv. mezzogiorno* 1933, 221, esige il credito certo e scaduto, anche se illiquido. App. Bari 25 luglio 1935, in *Corte Bari* 1936, 33, non chiede la esigibilità. Trib. Napoli 22 marzo 1937, in *Mon. trib.* 1937, 539, e Trib. Genova 6 maggio 1940, in *Temi gen.* 1940, 370, non chiedono nè la liquidità nè la esigibilità.

La dottrina italiana è anche più larga della giurisprudenza, e tende a sopprimere lo stesso requisito della certezza (nel senso di non condizionalità) del credito: GIORGI, *Obbligazioni cit.*, II, p. 259; VENZI, nota

l'esercizio dei diritti del debitore da una messa in mora del debitore stesso (23).

Mentre scompare la teoria del titolo esecutivo, perde terreno la teoria della necessità della surrogazione giudiziale: la giurisprudenza italiana finisce per accodarsi a quella francese (24), in piena armonia con la grande maggioranza della dottrina (25), una sparuta corrente, peraltro, *imagina praeter*

---

p a PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni*, cit., IV, p. 442; RICCI, *Corso* cit., VI, p. 285; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., II, p. 137; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., n. 50, 54, 55; DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit., III, p. 159; CASTELLINI, *Azione surrogatoria* cit. Vuole invece il credito certo BORSARI, *Commentario* cit., III, II, § 3165; e vogliono il credito esigibile CHIRONI, *Istituzioni* cit., § 307; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni* cit., IV, p. 442; STOLFI N., *Obbligazioni*, n. 751.

(23) Per l'affermativa Trib. Rouen 1 dicembre 1852, in *Jur. gén. Dalloz* 1873, art. 1166, n. 130; e, forse, DEMOLOMBE, *Cours* cit., XII, n. 103 (il suo pensiero non è chiaro sul punto). In seguito, la negativa è diventata costante in giurisprudenza (Cass. 7 marzo 1933 cit. in COLIN CAPITANT, *Cours* cit., p. 317) e in dottrina (CROME, *Teorie* cit., § 23, p. 311 nota 22; LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 392; PLANIOL RIPERT e ESMEIN, *Traité* cit., VII, II, n. 909 cit.; BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations* cit., p. 543, n. 633; BEUDANT, *Cours* cit., VIII, n. 626; COLIN et CAPITANT, *Cours* cit., p. 317; JOSSERAND, *Cours* cit., II, p. 326).

In Italia il problema non si è nemmeno posto, poichè non si suole richiedere l'esigibilità del credito.

(24) Per la necessità dell'atto di surrogazione Trib. Casale 27 gennaio, e 23 agosto 1854, in *Rep. gen. giur. it.* 1848-1859, voce Creditore, n. 1 e 2; Trib. Trani 17 settembre 1891, in *Riv. giur. Trani* 1891, 645. Secondo il Trib. Napoli 27 luglio 1883, in *Legge* 1884, I, 1952, non occorrerebbe una surroga *esplicita*. In seguito, per l'esigibilità dell'azione senza previa surroga, vedi App. Bologna 18 giugno 1885, in *Filangieri* 1885, 532; Cass. Napoli 8 giugno 1917, in *Dir. e giurispr.* 1917, 489; App. Lecce 12 marzo 1936, in *Foro Salent.* 1936, 67.

(25) Cfr. infatti, in Francia, DEMOLOMBE, *Cours* cit., XII, n. 106; LAROMBIERE, *Obligations* cit., II, sub art. 1166, n. 22; LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 397; BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations* cit., n. 634; CROME, *Teorie* cit., § 23, p. 310; HUC, *Cession* cit., p. 121; BEUDANT, *Cours* cit., VIII, n. 625; COLIN et CAPITANT, *Cours* cit., II, n. 435; DEMOGUE, *Obligations* cit., VII, n. 965; PLANIOL RIPERT e ESMEIN, *Traité* cit., VII, II, n. 914; PLANIOL RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire* cit., II, n. 1402; GAUDEMET, *Obligations* cit., p. 403; JOSSERAND, *Cours* cit., II, n. 670.

Nella dottrina italiana cfr. BORSARI, *Commentario* cit., III, II, § 3171, GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 322, VENZI, alla p. 487 delle *Istituzioni*



legem l'esistenza di due distinte applicazioni dell'art. 1166 code Nap., o 1234 cod. civ. 1865: un potere spettante al creditore quale successore del debitore in virtù della surrogazione giudiziale; ed un potere del creditore, concorrente col potere del debitore, fondato sul solo credito (26).

Sulla posizione del creditore che procede in via surrogatoria si aprono, durante tutto il secolo in esame, divergenze di opinioni sempre più aspre (anche se non è sempre facile distinguere i dibattiti di idee dalle semplici fluttuazioni del vocabolario giuridico). La teoria del potere fondato su un mandato come modo di cessione dell'azione tende a scomparire, per lasciare spazio ai due opposti insegnamenti: del mandato legale come fonte dello speciale potere del creditore, di operare *nella sfera del debitore* (27); e del diritto proprio del creditore, il quale, avvalendosi del potere surrogatorio, opererebbe sulla

---

di PACIFICI MAZZONI cit., IV; RICCI, *Corso* cit., VI, p. 290; DE RUGGIERO, *Istituzioni* cit., III, p. 160; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., n. 61; CASTELLINI, *Azione surrogatoria* cit., p. 91. Taluni autori (ad es. PACCHIONI) trascurano la questione, forse perchè pareva loro ormai pacifica.

(26) AUBRY et RAU, *Droit civil* cit., 6<sup>a</sup> ed., IV, p. 180, e ivi nota 4; in Italia, PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni* cit., IV, p. 442.

(27) Che gli effetti dell'atto compiuto dal creditore ricadano nella sfera del solo debitore, è un corollario dello stesso principio da cui deriva che il debitore conserva la disponibilità del suo rapporto nonostante l'esercizio dell'azione operata dal creditore. L'una e l'altra massima si riconnettono al principio che l'azione surrogatoria non presuppone, nè determina, alcun *trasferimento* di poteri nè di diritti dal debitore al creditore.

Per la localizzazione degli effetti dell'atto del creditore nella sfera del debitore cfr., nella giurisprudenza italiana, Pret. Cagliari 18 ottobre 1893, in *Giur. sarda* 1893, 139: « Il creditore non può rivendicare per sè da un terzo uno stabile del suo debitore »; Cass. Napoli 8 giugno 1917, in *Dir. e giurispr.* 1917, 489: « Esperita dal creditore, in via surrogatoria, un'azione recuperatoria, i beni rientrano nel patrimonio del debitore, e non già nel patrimonio del creditore che si è surrogato »; App. Genova 20 giugno 1918, in *Temi gen.* 1918, 265: « L'azione surrogatoria può determinare solo la condanna a favore di colui in cui nome e vece l'azione si esercita, e non a favore del creditore »; App. Bologna 9 luglio 1934, in *Mon. trib.* 1934, 689: « Il creditore del venditore con patto di riscatto che si surroga nell'esercizio del riscatto può solo ottenere che la cosa rientri nel patrimonio del debitore, ma non può farsela attribuire ».

sfera propria (*negotium suum gerit*) in quanto cessionario, o in quanto titolare di un diritto sopra diritto altrui (28).

Secondo il primo schema, che ben presto è preferito al secondo in giurisprudenza, mentre suscita critiche sempre più aspre in dottrina, il creditore viene configurato come rappresentante del debitore (29), o suo mandatario (30), o si dice che agisce in nome del solo debitore (31), ovvero in nome comune proprio e del debitore (32), salvo discutere se operi nell'interesse proprio (33), o altrui, o di entrambi (34).

(28) Cass. Palermo 24 maggio 1888, in *Foro it.* 1888, I, 1132: « L'azione surrogatoria non può avere lo scopo di conservare o reintegrare il patrimonio del debitore, ma solo quello di conseguire direttamente quanto è dovuto al creditore ».

In dottrina vedi HUC, *Cession cit.*, p. 126 e precc., con energia; LAROMBIERE, *Obligations cit.*, II, p. 170; RIGGI, *Corso cit.*, VI, p. 286 e segg. con ampia motivazione; PACCHIONI, *Obbligazioni cit.*, p. 141; ROCCO, *Fallimento cit.*, p. 80 e seg.; D'AVANZO, *Surrogatoria cit.*, n. 81.

(29) Cass. Firenze 22 gennaio 1910, in *Mon. pret.* 1910, 9; App. Trani 16 dicembre 1910, in *Foro puglie* 1911, 189; Cass. Palermo 18 aprile 1914, in *Foro sic.* 1914, 351; Trib. Catanzaro 14 aprile 1915, in *Giur. calab.* 1915, 256; Cass. Regno 17 aprile 1934, in *Foro It.* 1935, I, 131; in dottrina vedi DEMOGUE, *Obligations cit.*, n. 980; PLANIOL RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire cit.*, II, n. 1386.

(30) CROME, *Cours cit.*, § 23, p. 307, lo definisce mandatario in rem suam, precisando però che tale qualifica spetta anche al creditore pignoratizio, e riferendosi qui al mandato come modo di trasferimento dell'azione. Ricorre alla figura del mandato, però proprio per indicare che il creditore agisce in una sfera che permane aliena, GIORGI, *Obbligazioni cit.*, II, p. 270.

(31) Per questa configurazione, tutti i passi citati nella nota 21. Aggiungi in dottrina AUBRY et RAU, *Droit civil cit.*, VI, p. 181 in fondo; BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations cit.*, n. 637; DEMOLOMBE, *Cours cit.*, XII, n. 113; PLANIOL RIPERT e ESMEIN, *Traité cit.*, VII, II, n. 910 (per incidens); JOSSERAND, *Cours cit.*, n. 671 e seg.; LAURENT, *Principes cit.*, XVI, n. 408; CHIRONI, *Istituzioni cit.*, § 307; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni cit.*, IV, p. 443; VENZI, *ivi*, p. 489.

(32) Cfr. Cass. francese arr. 11 luglio 1951, in *Rec. Dalloz, Jurisp.*, 586.

(33) BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations cit.*, n. 637; DEMOGUE, *Obligations cit.*, VII, n. 980; DEMOLOMBE, *Cours cit.*, XII, n. 113; PLANIOL RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire cit.*, II, n. 1386, PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni cit.*, IV, p. 443.

(34) Cfr. in quest'ultimo senso la Cass. italiana, sent. 17 aprile 1934, in *Foro it.* 1935, I, 131.



Sul fronte opposto troviamo la teoria della posizione del creditore come situazione autonoma rispetto al diritto del debitore, per cui il creditore opererebbe *nella sfera propria* (35), e, addirittura, sarebbe terzo rispetto al rapporto fra il proprio debitore e l'ulteriore obbligato; con tutte le conseguenze in tema di preclusione di prova, ecc. (36).

In Italia, nel nuovo secolo, si ricorre sempre più frequentemente alla figura del creditore come sostituto processuale (37), e così si pensa di aver risolto il grave problema lasciato aperto del codice del 1865; mentre in Francia negli ultimi decenni si tende ad eludere e superare il problema teorico della « veste » in cui il creditore (38) opera.

Se così vasto (e peraltro innocuo) fu il disorientamento della giurisprudenza di fronte al problema della « figura giuridica » del creditore procedente, maggiore concordia fu rivelata sui singoli problemi esegetici.

Ad es., la giurisprudenza si svincola volentieri dalla discussione sui presupposti dogmatici per scendere direttamente alla soluzione concreta dei casi, ed affermare che il creditore non esercita altri poteri all'infuori di quelli che potrebbe esercitare lo stesso debitore, e che perciò gli sono opponibili tutte le eccezioni che sarebbero opponibili al debitore se questo agisse (39). Questa proposizione viene anche compendiata nella

---

(35) Vedi citazioni sopra, nota 28.

(36) Cfr. App. Torino 15 marzo 1937, in *Giur. tor.* 1937, 684 (che peraltro costituisce un unicum in giurisprudenza).

(37) In giurisprudenza, cfr. Cass. 25 giugno 1942, in *Foro it.* 1943, I, 340, e in *Giur. it.* 1942, I, 1, 625. Come si vedrà in seguito, questa definizione è comune nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del secondo codice italiano.

L'origine della teoria è dottrinale: vedi le citazioni di CARNELUTTI, CALAMANDREI, GARGAGNATI, nota 1 al § 27.

(38) Cfr. ad es. il silenzio di BEUDANT, *Cours cit.*, VIII, nei 624 e sgg.; COLIN e CAPITANT, *Cours cit.*, n. 426 e sgg., GAUDEMET, *Obligations cit.*, p. 405.

(39) Cass. Torino 14 aprile 1891, in *Legge* 1891, II, 519; App. Venezia 17 febbraio 1898, in *Tem. ven.* 1898, 248; Trib. Torino 28 febbraio 1914, in *Mon. Trib. Milano* 1914, 604; Trib. Palermo 21 dicembre 1934, in *Foro sic.* 1935, 127; App. Brescia 27 marzo 1935, in *Foro lomb.*

formula «il creditore è un avente causa dal debitore» (40); con cui non si vuole però sempre asserire che il rapporto fatto valere si sia trasferito dal debitore al creditore (41).

Nel contempo, in Francia come in Italia, tende a divenire pacifica la inettitudine dell'esercizio di diritti in via surrogatoria a spogliare il debitore del potere di disposizione (42).

---

1935, 281; Cass. Regno 7 febbraio 1939, n. 408, e 28 febbraio 1939, n. 692, entrambe inedite; ancora Cass. 30 gennaio 1940, in *Foro it.* 1940, I, 139, e 18 luglio 1941, mass. in *Rep. foro it.* 1940, 393, 8.

(40) App. Bologna 21 aprile 1891, in *Riv. giur. Bologna* 1891, 140; App. Firenze 16 marzo 1895, in *Mon. Trib. Milano* 1895, 689; App. Genova 4 novembre 1898, in *Temì gen.* 1898, 660; App. Firenze 7 luglio 1902, in *Annali* 1902, 392; App. Bari 4 agosto 1930, in *Corte Bari* 1930, 397; Cass. 5 gennaio 1939, mass. in *Rep. foro it.* 1939, 449, 5.

Contra cfr. App. Torino cit. retro in nota 36.

Vedi in dottrina la stessa formulazione in LAROMBIERE, *Obligations* cit., II, p. 170.

(41) Per l'idea del trasferimento, App. Firenze 16 marzo 1895 cit. Per l'idea dell'avente causa come successore e rappresentante cfr., nella dottrina, BORSARI, *Commentario* cit., sub art. 1234, § 3165. LAMOMBIERE, *Obligations* cit., II, chiama il creditore avente causa dal debitore a p. 170, e lo chiama mandatario a p. 198. LOMONACO, *Obbligazioni* cit., p. 546 e sgg., parla di subingresso del creditore in luogo del debitore, e di cessione forzosa di azione.

(42) Per le origini di questa soluzione cfr. retro note 17 e 18. In seguito vedi, in Francia, Corte Digione 26 gennaio 1870, in *Jur. gén. - suppl. rép. Dalloz* 1893, *Obligations*, n. 326; fra gli scrittori, LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 402 e sgg.; LAROMBIERE, *Obligations* cit., t. II, art. 1166, n. 32; AUBRY et RAU, *Droit civil* cit., VI, p. 181 (escluso il caso in cui il creditore abbia ottenuto la previa surrogazione); BAUDRY LACANTINIERE e BARDE, *Obligations* cit., n. 639; BEUDANT, *Cours* cit., VIII, n. 630; COLIN e CAPITANT, *Cours* cit., II, n. 436, B; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN etc., *Traité* cit., VII, II, n. 919; PLANIOL, RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire* cit., II, n. 1404; GAUDEMET, *Obligations* cit., p. 403 in fondo; JOSSERAND, *Cours* cit., II, n. 672; LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 402. Contra vedi Corte Bordeaux 26 novembre 1889, in *Rec. gén. lois arrêts Sirey*, table 1891—1900, voce créancier, n. 4, e *Sirey annuelle* 1891, 2, 233; e Corte Digione 20 marzo 1888, in *Gaz. pal.* 1888, I, 822 (ricordata in PLANIOL-ESMEIN, loc. cit.); fra gli autori, vedi DEMOLOMBE, *Cours* cit., XII, n. 119 e sgg.; COLMET DE SANTERRE, *Cours* cit., V, p. 119, n. 81 bis; CROME, *Teorie* cit., p. 307; HUC, *Cession* cit., p. 122 (implicitamente).

In Italia, in un primo tempo, non ci si preoccupò del problema (BORSARI, *Commentario* cit., III, II, § 3165 e sgg., STOLFI N. *Diritto civ.* cit., III, n. 727 e sgg.; PACCHIONI, *Obbligazioni* cit.; CHIRONI, *Istituzioni*



In Italia, per evitare questa sottrazione di poteri a danno del debitore, si dubita se il creditore possa procedere in via surrogatoria alla riscossione di quanto dovuto dal terzo al debitore (è infatti chiaro che, se il creditore riscuote per primo, priva de facto di ogni contenuto il diritto del debitore) (43); mentre in dottrina sorge l'idea che là, dove il creditore riscuote dal terzo, egli eserciti un potere di tipo non surrogatorio, e che eserciti invece un potere surrogatorio là dove persegue il terzo mediante giudizi di cognizione (44).

---

cit., § 307; SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto civ. it.*, Roma 1921, p. 370; VENZI, note a PACIFICI MAZZONI, DE RUGGIERO, *Istituzioni cit.*, III, § 98) o lo si risolse secondo lo schema della cessione forzosa (subingresso), cfr. LOMONACO, *Obbligazioni cit.*, p. 543 e sgg. Poi si passò alla soluzione opposta: GIORGI, *Obbligazioni cit.*, II, p. 334; RICCI, *Corso cit.*, VI, n. 231; D'AVANZO, *Surrogatoria cit.*, n. 96 e sgg. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni cit.*, IV, p. 442, adotta la soluzione intermedia di AUBRY e RAU.

Fra i sostenitori dell'azione surrogatoria come cessione forzosa, il D'AVANZO (*Surrogatoria cit.*, p. 72) inserisce anche il CHIOVENDA; il quale però, se pure parlò di una « espropriazione della facoltà di esercizio spettante al debitore », e se lasciò dubbio il proprio pensiero in *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, *Riv. dir. proc.* 1926, I, p. 85 e sgg., chiari il proprio insegnamento nelle *Istituzioni cit.*, p. 271, ivi rifiutando la teoria dell'esclusione del debitore dall'attività di disposizione.

Quando questa evoluzione giunse al termine, ne risentì il vocabolario dei giuristi, perchè il termine subingresso giudiziale, già utilizzato per indicare l'azione surrogatoria, risultò *ictu oculi* inadeguato.

(43) Con riferimento alla teoria negativa, si è anche parlato di una funzione meramente conservativa dell'azione surrogatoria.

Per il problema di cui nel testo cfr., in giurisprudenza, Trib. Napoli 20 aprile 1904, in *Gazz. proc.* XXIII, 15: « Il creditore non può intraprendere esecuzioni forzate contro il debitore del suo debitore, senza la procedura del pignoramento presso terzi ». Cfr. anche la massima formulata dall'App. Bologna, sent. 28 luglio 1938 (*Temi emil.* 1938, 229), secondo cui « il creditore pignoratizio può esigere il pagamento in via surrogatoria ». Diversamente appare orientata la giurisprudenza anteriore (App. Milano 3 marzo 1915, in *Temi Lomb.* 1915, 446; Cass. Napoli 10 giugno 1912, in *Dir. e giurispr.* 1912, 679; App. Firenze 19 marzo 1904, in *Annali* 1904, 224).

Il problema riemergerà, come vedremo in seguito, sotto l'impero del nuovo codice italiano.

(44) Con questa concezione lo ZUCCONI, nella sua monografia di carattere storico, influì sulla comune ricostruzione storica dell'istituto. Fino allora si faceva discendere l'azione surrogatoria dal pignoramento

Anche la teoria facente perno sull'autonomia della posizione del creditore rispetto a quella del debitore cerca di non pregiudicare l'efficacia nei confronti del creditore degli atti del debitore, e ricorre a tal fine all'idea che « il debitore rappresenta tutti i suoi creditori » (45).

---

di credito; mentre l'aut. cit. limitò i precedenti del nostro istituto al potere, riconosciuto al creditore, di perseguire il terzo mediante giudizi.

Anche questa configurazione del potere surrogatorio è peraltro inadeguata, perchè trascura la differenza strutturale fra un potere esclusivo, ed un potere concorrente con la parallela facoltà del debitore. Ulteriormente, il potere di esigere l'adempimento può accompagnarsi al potere di riscuotere, o ridursi al potere di costringere il terzo ad adempiere nelle mani del debitore. Legittimazione a pretendere, e legittimazione a ricevere, possono essere, a loro volta, esclusive o concorrenti.

Ciò premesso, si deve riaffermare che qualsiasi potere esclusivo spettante al creditore presuppone un *trasferimento* di poteri dal debitore al creditore, e questo trasferimento può essere inquadrato senza ricorrere alla categoria dell'azione surrogatoria. Viceversa, la situazione surrogatoria si accorda bene con un potere *concorrente* del creditore e del debitore.

(45) Con ciò, risulta formalmente invertita la teoria, secondo cui il creditore rappresenta il debitore. Vedi la formulazione in esame nella sentenza della Cass. italiana 17 febbraio 1936, n. 559, cfr. mass. in *Rep. foro it.* 1936, 422, 1.

In dottrina, cfr. in questo senso LAROMBIERE, *Obligations* cit., p. 170 (il quale a p. 198 chiama poi il creditore mandatario del debitore).



## CAPITOLO II.

### La fattispecie che dà luogo al potere di procedere in via surrogatoria

SOMMARIO: § 11. - Generalità. — § 12. - Fondamento del potere surrogatorio. — § 13. - Il rapporto fra il soggetto procedente e il titolare del diritto o dell'azione esercitati. — § 14. - Il requisito dell'inerzia. — § 15. - Il pericolo. — § 16. - I pretesi elementi impeditivi della fattispecie. — § 17. - L'autonomia negoziale e la fattispecie di cui all'art. 2900. — § 18. - Il preteso potere surrogatorio derivante da fattispecie atipiche.

#### § 11. - GENERALITÀ.

La fattispecie (1) costitutiva di quella situazione, per cui il creditore può efficacemente esercitare diritti ed azioni del debitore, consta di elementi che la dottrina tende ad elencare

(1) E' controvertibile la proprietà del termine fattispecie, qui adottato per indicare l'insieme dei presupposti del procedimento surrogatorio.

Infatti, spesso si definisce la fattispecie come il complesso di circostanze idonee a costituire, modificare od estinguere un rapporto giuridico, e si parla di elementi per indicare le singole circostanze che compongono la fattispecie (vedi, per tutti, RUBINO, *La fattispecie* cit.).

Se questo fosse l'unico significato del termine fattispecie, male si adatterebbe all'insieme dei presupposti del procedimento surrogatorio. Infatti, l'insieme di tali presupposti (com'è intuitivo, e come si vedrà meglio in seguito — oltre, § 17 —) non è idoneo, di per sé, a costituire modificare o estinguere un rapporto giuridico in senso proprio. La rilevanza potenziale dei presupposti in esame diverrà effettiva e concreta solo quando il creditore avrà agito in via surrogatoria. Recipro-

nel seguente modo: un rapporto di credito-debito fra due soggetti; un diritto od un'azione spettante al debitore verso un terzo; la inerzia del debitore; un pregiudizio per il creditore, cagionato da tale inerzia. Talora, a fianco di questi requisiti, si vede menzionato anche l'interesse del creditore, a procedere contro il terzo (2).

Come si vedrà, non è sempre facile individuare le caratteristiche di taluni elementi della fattispecie: si è discusso ad es. se il diritto del creditore debba essere certo, si è detto che l'inerzia del debitore deve esser maliziosa o almeno colposa; ecc. Per risolvere questi dubbii si è fatto ricorso — soprattutto sotto l'impero del cod. civ. abrogato, allorchè queste incertezze erano più numerose e più gravi di quanto non lo

---

camente, le conseguenze di tale procedimento dipenderanno congiuntamente dall'atto posto in essere dal creditore, e dai suoi presupposti.

Bisogna però aggiungere che la parola fattispecie può indicare una più vasta cerchia di fenomeni.

Innanzitutto, alcuni autori riconoscono il nome di fattispecie anche agli elementi o gruppi di elementi impeditivi (esplicito ALLARA, *Vicende* cit., p. 128, 129. Egli osserva — esattamente da questo punto di vista — che il contrario della fattispecie impeditiva non è una fattispecie, ma solo un fatto giuridico a efficacia positiva). Ulteriormente, si dà atto che sussistono fattispecie, a cui la norma ricollega l'attribuzione del valore di fattispecie nei riguardi di determinate circostanze di fatto; per cui evidentemente le due distinte « fattispecie » non sono di per sé atte a costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici (ALLARA, *Fattispecie estintive* cit., p. 29; e altrove; così anche altri autori).

Si è ritenuta necessaria questa premessa per legittimare l'uso della parola fattispecie nel testo. Si sarebbe potuto parlare di semplice « fatto », in quanto gli effetti concreti si manifestano solo dopo l'intervento dell'atto del creditore (semprechè l'atto del creditore non abbia per avventura un effetto solo impeditivo). Ma, tutto sommato, il linguaggio adottato in questa trattazione non è privo di tranquillanti precedenti.

(2) Questi elementi vengono talora suddivisi in « presupposti » (statici: i due rapporti fra creditore e debitore, e fra debitore e terzo), e « condizioni » (dinamiche: l'inerzia, il pericolo, e l'interesse); vedi NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 65 e sgg.

La dottrina ammette infatti che anche i presupposti statici (situazioni) si debbano considerare elementi della fattispecie, alla pari con i presupposti dinamici (o avvenimenti). Vedi ad es. ALLARA, *La successione legittima*, Torino 1944-45, lit., p. 48, e in opere successive.



siano oggi — alla ricostruzione del «fondamento» dell'istituto; tanto che si troveranno difficilmente altri istituti, il cui «fondamento» sia stato discusso più diffusamente.

Poichè il pensiero degli interpreti dell'art. 2900 cit. è solitamente impregnato di questa pregiudiziale metodologica, si impone una breve indagine, destinata a sondare i limiti di validità dei risultati ermeneutici tratti dalla ricostruzione del fondamento del potere surrogatorio del creditore.

## § 12. - FONDAMENTO DEL POTERE SURROGATORIO.

Com'è noto, secondo la teoria di gran lunga più diffusa il «fondamento» del potere surrogatorio consiste nella cosiddetta garanzia generica spettante ai creditori sui beni del debitore. In luogo di garanzia generica si leggono anche altre espressioni: responsabilità patrimoniale, pegno generale (1).

Con una certa esagerazione, taluno ha detto che il potere surrogatorio è conseguenza logicamente necessaria della responsabilità patrimoniale del debitore (2) (il che dovrebbe portare alla notevole conclusione che gli ordinamenti che non conoscono il potere surrogatorio — così ad es. il sistema germanico — non conoscono una vera responsabilità patrimoniale del debitore; o che, per lo meno, mancano di logica). Si è anche detto che il potere di esercitare i diritti del debitore è un corollario storico inevitabile del trapasso dal sistema della proprietà collettiva al sistema della proprietà indivi-

---

(1) L'espressione «gage général» è prevalente presso gli autori francesi, mentre l'espressione pegno generale viene criticata in Italia (le restano fedeli Rocco, D'AVANZO, e pochi altri). Con l'espressione responsabilità patrimoniale si tende a mettere in evidenza il carattere solo potenziale e ipotetico del vincolo che grava sui beni.

La teoria, che vede nella garanzia generica spettante al creditore il fondamento del potere surrogatorio, è stata di recente approfondita e rinverdata dal BETTI, *Teoria obbligazioni* cit., II, in particolare nota 43 a p. 148.

(2) MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 2; GIOIA, *Azione surrogatoria* cit., p. 26.

duale (3); ovvero, che il principio del procedimento surrogatorio sarebbe connaturale in un sistema di diritto basato non più sul mero individualismo ma su ideali più vasti di solidarietà sociale (4).

Nonostante la vasta diffusione avuta dalla teoria che pone a fondamento del potere surrogatorio la responsabilità patrimoniale del debitore, essa appare insufficiente a spiegare l'esatta portata dell'istituto surrogatorio; e ciò per varie ragioni.

In primo luogo, il concetto basilare della responsabilità patrimoniale del debitore è perfettamente compatibile con una delimitazione massima o minima (quantitativa, qualitativa e cronologica) dell'ambito dei beni coinvolti in questa responsabilità. La stessa formulazione dell'art. 2740 cod. civ. vigente è inidonea a risolvere questi primi problemi, relativi all'oggetto della responsabilità.

Il riferimento ivi contenuto ai beni « presenti » è incompleto: « presenti » in quale momento? nel momento del pignoramento? (e allora non si spiegano gli effetti dell'azione pauliana e dell'atto surrogatorio); in un momento anteriore? e allora qualsiasi vicenda del bene, avvenuta medio tempore, dovrebbe essere ipso iure inopponibile al creditore.

Inoltre, beni che furono del debitore prima che il debito si costituisse possono essere assoggettati alla responsabilità. Così ad es. nell'ipotesi della revocatoria di atto anteriore al sorgere del credito (art. 2901, n° 2, cod. civ.).

Accertato che nè l'art. 2740 cod. civ. nè il concetto di responsabilità patrimoniale gravante sul patrimonio del debitore

---

(3) Vedi questa stravagante affermazione in Huc, *Cession* cit., p. 110 fino a 126: il sorgere della proprietà privata farebbe sorgere l'esecuzione sui beni (in contrapposto alla precedente esecuzione sulla persona); la quale postulerebbe il potere del creditore di esercitare le azioni del debitore (si osservi peraltro che per Huc l'esercizio dei diritti del debitore implica trasferimento forzoso di azione). A buon conto, questo autore, coerentemente, classifica la proprietà romana fra le proprietà collettive.

(4) MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., loc. cit.



servono a circoscrivere l'oggetto di tale fenomeno giuridico, deve aggiungersi che altrettanto indeterminato risulta altresì (alla stregua del semplice concetto di responsabilità e del semplice dettato dell'art. 2740 cod. civ.) il contenuto della stessa responsabilità. Infatti la responsabilità si può concretare attraverso strumenti tecnici diversissimi, quali: la indisponibilità ipso iure del patrimonio del debitore, l'acquisto ipso iure (da parte del creditore) di un potere di disposizione, il potere di esproprio, il diritto potestativo di costituire garanzie speciali (ad es.: mediante iscrizione di ipoteca), il potere di promuovere vincoli di indisponibilità relativa, la repressione (in sede civile o penale) dell'atto di disposizione compiuto dal debitore, il potere surrogatorio, e così via; l'adozione dell'uno o dell'altro di questi strumenti tecnici può a sua volta essere limitato in ordine ai beni da assoggettare alla misura di garanzia (ad es.: immobili, mobili, ecc.), e può essere sottoposto a condizioni, presupposti, formalità svariatissime. In particolare, si esercitano in via surrogatoria anche poteri sottratti all'esproprio forzato ed al sequestro (5).

Le limitazioni e le condizioni a cui sia sottoposto il potere surrogatorio non possono dunque essere spiegate dal principio della responsabilità patrimoniale.

Ulteriormente, l'estensione della situazione surrogatoria a poteri sottratti all'esecuzione forzata determina una certa asimmetria fra ambito del potere surrogatorio e ambito della garanzia generica spettante ai creditori.

Ciò mostra che la regola della responsabilità patrimoniale non è sufficiente per predeterminare in modo univoco la soluzione dei problemi lasciati aperti dalla lettera della legge in tema di procedimento surrogatorio.

---

(5) Esempio: Tizio ha donato a Caio, mediante negozio annullabile, il fondo Capenate. Successivamente, lo stesso Tizio contrae un debito verso Mevio e in seguito diviene insolvente. Mevio (secondo l'opinione della dottrina e della giurisprudenza, che estendono l'ambito del potere surrogatorio anche all'azione di annullamento) può chiedere l'annullamento della donazione. Peraltro, il potere di chiedere l'annullamento non è soggetto ad esproprio nè a sequestro.

Supponiamo ad es. che Tizio abbia stipulato che Caio gli trasmetta la proprietà del fondo Capenate e che a sua volta Caio abbia stipulato che Mevio gli trasmetta la proprietà dello stesso fondo. Supponiamo che Mevio non adempia e che Caio (persona solvibile) rimanga inerte. Si pone il problema se Tizio possa cagionare, tramite l'esperimento (ex persona del suo debitore) dell'azione di cui all'art. 2932 cod. civ., il trapasso della proprietà del fondo da Mevio a Caio. La risposta affermativa assicurerebbe a Tizio il soddisfacimento *specifico* della sua pretesa. La risposta negativa obbligherebbe Tizio ad accontentarsi del risarcimento dei danni che (data la solvibilità di Caio) sarebbe conseguito senza difficoltà (6).

Supponiamo ora che Tizio, creditore pignoratizio, intenda agire contro il terzo, obbligato verso il debitore di Tizio; si domanda se la sussistenza di una garanzia specifica a favore del creditore costituisca un elemento impeditivo del costituirsi del potere surrogatorio (7).

Tanto in un caso quanto nell'altro, il principio generico della responsabilità patrimoniale è impotente a suggerire all'interprete la via per la retta soluzione del problema. Infatti, il principio in esame non dice nulla sulla maggiore o minore tutela del soggetto il quale, pur sapendo garantito « quantitativamente » il proprio credito, tuttavia intenda assicurare il soddisfacimento dell'interesse, qualitativamente specificato, che sottostà al credito, o intenda garantire una capienza del patrimonio del debitore al di là dei limiti connaturati con la garanzia specifica.

In altre parole, il fondamento dell'art. 2900, qualora sia individuato nella responsabilità del debitore o nella garanzia generica spettante al creditore, non è sufficientemente determinato e specifico, per pregiudicare in modo univoco il contenuto della norma.

---

(6) Vedi l'enunciazione di questo problema in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 81 e sgg.

(7) Vedi l'enunciazione del notissimo problema in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 85.



Di ciò non va fatta colpa a questa o quella lacuna dell'art. 2740 cod. civ.; il quale non contiene (e non può contenere) una (più o meno completa) definizione della responsabilità o della garanzia generica. Tale articolo infatti è destinato ad enunciare, più che una norma lacunosa, un semplice rinvio ad altre norme (8). In tanto esiste una garanzia generica, in quanto singole norme, diverse da quella dell'art. 2740, prevedono il potere di esproprio, l'azione revocatoria, ecc. Mi pare anzi di poter dire che non esiste un principio di responsabilità come sintesi delle varie norme sull'esproprio, sul sequestro, sull'azione revocatoria, e così via: esiste semplicemente un termine generico, una categoria generica, a cui si dà il nome di responsabilità patrimoniale, o di garanzia generica, per indicare con termine compendioso i multiformi poteri, e (per chi creda di denominarli così) gli svariati, eterogenei diritti attribuiti al creditore per il soddisfacimento delle sue ragioni (9).

Per conseguenza, non si dirà soltanto che la « responsabilità » del debitore non è sufficiente, a cagione della sua indeterminatezza, a costituire il fondamento dell'art. 2900 cit., ed a illuminarne i punti oscuri. Bisognerà dire altresì che la garanzia generica, essendo null'altro che la sintesi di tutti i poteri spettanti al creditore, concettualmente è un doppione di questi po-

---

(8) Anche BETTI, *Teoria obbligazioni* cit., II, p. 125, nota 16, definisce l'art. 2740 come superfluo.

(9) Se è vero quanto detto nel testo, anche il problema della natura processuale o sostanziale della responsabilità si riduce al problema della natura processuale o sostanziale dei *singoli* rimedii apprestati a favore del creditore (vedi lo sviluppo di questa classica polemica in CARNELUTTI, *Diritto e processo* cit. — per la tesi processualistica —, e in BETTI, *Teoria obbligazioni* cit., II, — per la teoria sostanzialistica). Ne deriva anche che l'art. 2740 cit., quale semplice rinvio ad altre norme, non può pregiudicare la natura della responsabilità; ove anche esso dimostrasse « che il legislatore si è consapevolmente orientato verso la concezione che nega un diritto di natura sostanziale dei creditori sui beni del debitore » (così NICOLÒ, in *Comm. SCIALOJA e BRANCA*, sub art. 2741, p. 17, p. 19 nota 1, ecc.), si tratterebbe di un orientamento scientifico e non normativo, come tale non vincolante per l'interprete.

teri, e ne costituisce un posterius logico: come tale, non ne può rappresentare il fondamento (10).

Si potrà domandare, se mai, se il fondamento di altri istituti di responsabilità patrimoniale valga anche come fondamento del potere surrogatorio.

In un certo senso, sembrano aver risposto in modo affermativo a questa domanda coloro che hanno individuato il fondamento dell'azione revocatoria, dell'azione surrogatoria, e del sequestro conservativo, in un elemento costante: l'ingiustizia del comportamento del debitore, che depauperava il proprio patrimonio mediante atti di disposizione, o che per negligenza non lo accresce.

Si noti che in questa sede il termine ingiustizia può assumere due distinti significati: a) ingiustizia generica, che, senza concretare una vera antigiusuridicità, giustifichi tuttavia un disfavor legis; b) ingiustizia come contrarietà ad un dovere giuridico (antigiuridicità in senso tecnico, nelle due sottospecie dell'illiceità e dell'adempimento). A sua volta, il problema dell'antigiuridicità (e, a più forte ragione, il problema dell'ingiustizia generica) del comportamento del debitore non si confonde

---

(10) Per la stessa ragione, sembra impropria l'autorevole affermazione, secondo cui il potere surrogatorio, come il potere revocatorio ed il potere di chiedere il sequestro conservativo, costituirebbero « sintomi » della generica garanzia spettante al creditore.

La teoria esposta nel testo non si può dire confortata dalla dottrina comune; per cui vedi MESSINEO, *Manuale* cit., § 101, p. 50 (che però limita l'ambito della garanzia secondo la misura dell'interesse dei creditori); RUBINO, *Responsabilità patrimoniale* cit., p. 9 e sgg., ecc. Cfr. peraltro, per la concezione atomistica della responsabilità patrimoniale, NICOLÒ, sub art. 2740 cod. civ., prime pagine, soprattutto p. 4.

Fra i sostenitori del diritto di garanzia e del relativo dovere, si distinguono quelli che limitano l'oggetto della garanzia al quantum sufficient (in questo senso, oltre al MESSINEO, op. loc. cit., PINO, *Patrimonio* cit., p. 69 e seg., ed altri meno recenti). Talora il diritto di garanzia è stato negato con argomentazioni che non valgono contro il concetto di un diritto esteso, anziché a tutto il patrimonio del debitore, al solo tantum quantum sufficient. Si veda ad es. NICOLÒ, sub art. 2900 cit., passim, secondo cui il diritto di garanzia importerebbe un potere del creditore (di agire in revocatoria, surrogatoria, ecc.) indipendente dal requisito del pericolo.



con il semplice problema della risarcibilità del danno cagionato dal debitore o dal terzo con il proprio comportamento; sia perchè è dato talora di trovare obblighi di risarcimento di danni non dipendenti da comportamenti antigiuridici; sia perchè, quando il torto arrecato ad altri consista nel rendersi insolvente, potrebbe eccezionalmente immaginarsi un torto senza obbligo di risarcimento; sia perchè (e su ciò si ritornerà fra breve) l'obbligo di risarcire il danno non è effetto unico nè principale dell'antigiuridicità di un dato comportamento.

Si possono dunque affrontare distintamente i diversi problemi: se il fondamento dell'istituto surrogatorio consista nell'antigiuridicità del comportamento del debitore (e, preliminarmente, se tale comportamento sia antigiuridico); se, una volta accolta la soluzione negativa di questi primi problemi, il fondamento dell'azione surrogatoria possa rinvenirsi in una generica ingiustizia del comportamento del debitore.

Venendo al primo punto (configurabilità dell'inerzia del debitore come comportamento antigiuridico), è noto che la relativa questione è già stata dibattuta in lungo e in largo dalla dottrina, la quale ha parlato, di volta in volta, di un diritto erga omnes del creditore sul patrimonio del debitore, o di un rapporto giuridico personale, intercorrente fra creditore e debitore (accessorio rispetto all'obbligazione principale), in base al quale il debitore avrebbe l'obbligo di rispettare e proteggere l'integrità e la capienza del proprio patrimonio (11).

Nei larghi ed interessantissimi dibattiti dottrinali sopra accennati, sembra che le diverse correnti abbiano fatto uso dei buoni argomenti, che possono essere invocati in favore o contro le due soluzioni, a fronte invertito: o, in altre parole, gli argo-

---

(11) Questa prima definizione grossolana del diritto del creditore erga omnes, o verso il debitore, subisce, da parte degli autori più precisi, due limitazioni: in primo luogo si osserva che il diritto del creditore alla garanzia è proporzionale all'entità del credito garantito (vedi nota prec.); in secondo luogo si osserva che il creditore non ha diritto ad un generico rispetto della garanzia, ma soltanto a quelle specifiche manifestazioni di rispetto che consistono nel non compiere atti fraudolenti, nell'esercitare i diritti verso i terzi, ecc.

menti addotti per le due opposte soluzioni sono facilmente reversibili.

Così, gli autori tendono ad invocare a favore dell'antigiuridicità dell'inerzia del debitore il requisito legale della colposità di tale inerzia (12). Sul momento, si deve accantonare il problema esegetico-normativo relativo a tale requisito (13), che la dottrina richiede sempre, forse per assonanza con il requisito della frode, domandato ai fini dell'azione pauliana (14). Si deve invece rilevare che proprio il requisito della colpa o del dolo starebbe a significare che l'inerzia del debitore non è considerata dal legislatore alla stregua di ogni altro comportamento antigiuridico. In generale, l'antigiuridicità di un comportamento fa sorgere un'azione volta alla cessazione del torto, indipendentemente dallo stato subiettivo di dolo o di colpa dell'agente (15).

---

(12) Ovvero (CICU, *Obbligazione* cit., p. 97; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 18) si invertono i termini del ragionamento per affermare che, l'inerzia potendo essere incolpevole, tale regolamento dell'inerzia stride con la figura legale dell'inadempimento. Come si vede, il legame fra requisito della colpa e qualifica di antigiuridicità viene chiaramente affermato anche dagli autori citati.

Il CICU ammette peraltro che « la difficoltà non sarebbe insuperabile, poichè si potrebbe ritenere che nel caso nostro, come in altri casi, non sia sufficiente la mancanza di colpa per esonerare il debitore dall'adempimento dell'obbligazione ».

(13) Come si vedrà oltre, § 14, la legge non parla di colpa (del resto, lo stesso requisito dell'inerzia non costituisce un elemento autonomo della fattispecie in esame, vedi lo stesso §).

(14) Vedi, per l'originaria identità delle due azioni pauliana e surrogatoria speciale non concursuale, retro, § 9. La colposità dell'inerzia del debitore non fu mai richiesta per la proposizione dell'eccezione surrogatoria concursuale. Sulla mancanza della eadem ratio nelle due diverse ipotesi del procedimento surrogatorio e revocatorio vedi oltre, § 14. Vedi ivi anche una documentazione sull'atteggiamento della dottrina in ordine al problema.

(15) La dottrina tende ad assegnare alle azioni, con cui si chiede che il convenuto receda dal comportamento antigiuridico, il ruolo di cenerentole del diritto privato. Una nota polemica in tema di azione negatoria servitutis ha messo in luce che autori, anche valorosissimi, soffermano la loro attenzione esclusivamente sulle azioni di accertamento e sulle azioni di risarcimento danni, trascurando l'esistenza di un'azione per la cessazione dell'esercizio abusivo (vedi questo rilievo in DEIANA, *Alcune considerazioni* cit.). L'azione per la cessazione è



Il dolo o la colpa sono richiesti esclusivamente ai fini del risarcimento dei danni (16).

Sul fronte opposto, si tende a negare l'antigiuridicità del comportamento del debitore inerte, in quanto la legge non comina per tale ipotesi alcuna sanzione di risarcimento di danni (17).

Anche qui, si potrà ricordare: che la sanzione tipica dell'antigiuridicità di un dato comportamento consiste essenzialmente nella repressione del torto obbiettivamente considerato; e che, una volta che si ricavi dalla comminatoria della repressione l'illiceità di un certo comportamento, l'obbligo del risarcimento dei danni come sanzione ulteriore deriverà dai principi generali chiaramente espressi dalla legge (rimanendo subordinato, naturalmente, all'esistenza del dolo o della colpa) (18).

A questo punto, qualcuno potrà osservare che il danno derivante al creditore dall'inerzia del debitore è in dipendenza

---

invece studiata largamente dai cultori dei diritti sui beni immateriali.

Sull'indipendenza delle azioni per l'adempimento delle obbligazioni dalla colpa del debitore cfr. brillantemente MENGONI, *Obbligazioni* cit., soprattutto pp. 25 fino a 49. Nello stesso ordine di idee COTTINO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione* ecc., Milano 1955.

(16) Le legge è esplicita in numerosi casi, di cui ricorderò: articoli 2599 e 2600 cod. civ.; artt. 7, 9, 949, 2° co., cod. civ. confrontati con l'art. 2043 cod. civ.; artt. 156 e sgg. della legge sui diritti di autore, ecc.

Tutto ciò vale in tema di torto aquiliano. La responsabilità per adempimento tende ad un carattere più oggettivo (su questo grave problema vedi ancora MENGONI, *Obbligazioni* cit., e ivi un quadro completo delle fonti e della dottrina).

(17) Cfr. ad es. NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 19.

(18) Gli schemi adottati nel testo sono pacifici quando l'antigiuridicità consiste nella violazione di un rapporto assoluto. Chi volesse riferirsi alla violazione di un rapporto obbligatorio dovrebbe procedere più cautamente, perchè i nessi logici fra inadempimento, colpevolezza e responsabilità, e così i distinti presupposti dell'azione per l'adempimento e dell'obbligo di risarcimento, non sono chiari nel codice e sono, meno famigliari alla dottrina (da ultimo in MENGONI, op. ult. cit., soprattutto p. 25 fino a 49, si mette in chiaro che la colpa contrattuale non funziona come presupposto della responsabilità, e che parallelamente l'assenza di colpa non è sufficiente a liberare il debitore).

dall'insolvibilità del debitore stesso, per cui una pretesa al risarcimento non avrebbe pratica possibilità di avvantaggiare il creditore; che, anche nel caso speciale in cui il danno cagionato dall'inerzia non consista nell'aggravarsi dell'insolvenza del debitore (19), esso coincide esattamente con il danno derivante dall'inadempimento del rapporto principale, per cui non si possono configurare due obblighi autonomi di risarcire i danni cagionati dall'una e dall'altra fattispecie; che, anche ove si volesse passare sopra alle considerazioni precedenti, il danno arrecato dal debitore con la sua inerzia non potrebbe fondare una lagnanza del creditore, il quale, ai sensi dell'art. 1227, 2 co., e 2056 cod. civ., dovrebbe imputare a sè di non aver proceduto in via surrogatoria, per impedire gli effetti nocivi dell'inerzia.

Se tutte queste considerazioni fossero calzanti, ne uscirebbe ulteriormente svalutato l'argomento che si suole trarre dal silenzio del codice in punto risarcimento danni, per inferirne la non contrarietà al diritto dell'inerzia del debitore. Se fosse lecito affermare apoditticamente che, nella nostra specie, i danni non possono esistere, oppure che essi non sono risarcibili secondo i principii generali, si arriverebbe de plano alla conclusione che l'inesistenza di un dovere di risarcimento di danni non prova nulla nè pro nè contro la obiettiva antigiusridicità dell'inerzia del debitore.

Però, a ben guardare, l'imposizione al debitore inerte di un autonomo obbligo di risarcire i danni cagionati dall'inerzia non sarebbe senza una portata pratica, per le seguenti ragioni.

In primo luogo, tale obbligo di riconoscimento potrebbe essere assoggettato ad un termine di prescrizione autonomo (ad es.: quando all'obbligazione principale si applichi una prescrizione breve; oppure, quando l'obbligo secondario di risarcimento sorga in un momento successivo a quello, in cui è scaduta l'obbligazione principale).

---

(19) Es.: Tizio solvibile deve a Caio il fondo Capenate, ma trascura di trascrivere il proprio titolo di acquisto, cosicchè il fondo rischia di finire in mani di terzi.



In secondo luogo, non è detto che il dovere di risarcire i danni cagionati dall'inerzia manchi di ogni attitudine a proteggere il creditore, perchè il debitore sarà per definizione insolubile: invero, il patrimonio responsabile per i danni cagionati dall'inerzia non sarebbe necessariamente quello responsabile per l'inadempimento del debito principale. Si faccia il caso di colui che deve una somma, quale titolare di un patrimonio separato privo di personalità giuridica; e che, con la cattiva gestione di tale patrimonio, ne procuri o ne tolleri una decurtazione. In quanto lo si consideri tenuto in proprio al rispetto della garanzia generica assicurata dalla legge ai creditori (20), tale dovere sarà garantito dal suo intero patrimonio, e non, dal solo patrimonio separato.

Oppure si immagini che il debitore di 100, rendendosi insolubile, faccia scemare a 50 il valore del credito; che a questo punto il creditore alieni per 50 il credito, e che successivamente il creditore riacquisti casualmente la propria originaria solvibilità. In quanto si consideri illecita la sua cattiva gestione, egli dovrà 100 al cessionario, quale titolare del credito principale, e 50 al cedente quale soggetto danneggiato dall'illecito.

Infine si ricordi che non può imputarsi al creditore, ai sensi degli art. 1227, 2° co., e 2056 cod. civ., il mancato ricorso all'art. 2900 cit., sia perchè la sua colpa non sarebbe diversa e maggiore di quella, ad es., di un comune avente diritto, il cui danno si sia accresciuto per il ritardo con cui egli ha proposto l'azione; sia perchè molte volte il creditore che non agisce ex art. 2900 cit. sarà giustificato dalla mancata disponibilità del materiale probatorio necessario ad ottenere la condanna del terzo, o da circostanze analoghe.

---

(20) Questa condizione si verificherà tanto se si configura il rispetto della garanzia come un dovere assoluto (a carattere negativo, poichè non è concepibile un dovere generale di tutti i consociati di svolgere un'attività positiva rivolta alla salvaguardia del patrimonio del debitore: cosicchè solo l'atto fraudolento, ma non l'inerzia, potrà costituire violazione del dovere assoluto); quanto se lo si configuri come un dovere relativo, a carattere misto (negativo e positivo) posto a carico dell'obbligazione, e non nei limiti del solo patrimonio separato.

Tutto ciò premesso, l'accertamento della qualificazione dell'inerzia del debitore come legalmente indifferente o come anti-giuridica deve procedere tenendo conto di tre fenomeni:

1°) Il legislatore, se anche concede al creditore l'efficacissimo rimedio di cui all'art. 2900 cod. civ., non gli attribuisce invece un'azione per costringere il debitore a perseguire il terzo (21). Ciò premesso, sembra che l'antigiuridicità dell'inerzia del debitore dovrebbe importare la concessione al creditore di una simile azione *ad debitorem compellendum* (e non, l'attribuzione del solo potere surrogatorio). Infatti, la concessione al creditore di un potere di ingerenza nelle azioni e nei diritti del debitore non presuppone ancora necessariamente una valutazione legale sfavorevole del precedente comportamento del debitore; mentre tale valutazione sarebbe probabilmente implicita in una norma che regolasse la condanna del debitore inerte ad agire (e, nel contempo, ad adempiere agli oneri di spesa, di esibizione, di produzione, ecc. connessi con l'azione), e autorizzasse il creditore affinché, in difetto, proceda e disponga dei mezzi di prova e titoli di legittimazione del debitore, a tal fine spendendo il denaro di quest'ultimo.

2°) Se il presupposto logico del potere surrogatorio fosse l'antigiuridicità dell'inerzia, l'inerzia lederebbe un diritto del creditore, e non già, del debitore stesso. La riparazione del

---

(21) Incontestabilmente, il rimedio di cui all'art. 2900 cod. civ. sarà normalmente più efficace dell'azione *ad compellendum debitorem ut agat, o ut adquirat*. Storicamente, come si è visto a suo tempo, la surrogazione-trasferimento costituì il perfezionamento di una precedente azione *ad compellendum debitorem* (azione di cui ci parlano ACOSTA, COQUILLE, LOUET e BRODEAU, ecc.; vedi retro, p. 53 e seg., in nota). Peraltro, la piena tutela del creditore si realizzerebbe solo se lo si lasciasse libero di scegliere fra la via surrogatoria (più rapida ed efficace, ma imbarazzante perchè non pone a sua disposizione i titoli di legittimazione ed i mezzi probatori che si trovano in mano del debitore, ed inoltre pone a suo carico gli oneri del procedimento — su tale punto vedi oltre, capitolo III —) e l'azione *ad compellendum debitorem* (che gli consentirebbe di chiedere al debitore di esibire i mezzi di prova, e di sobbarcarsi preventivamente tutti gli oneri connessi con il procedimento da instaurare contro il terzo).



torto dovrebbe consistere in una reintegrazione della garanzia generica spettante al creditore, e non, nella reintegrazione del patrimonio del debitore. E' noto invece che, mentre l'azione revocatoria mira soltanto ad assoggettare il bene, che ha formato oggetto dell'atto di disposizione, all'azione esecutiva del creditore procedente (senza per questo ritrasferire il bene nel patrimonio del debitore), viceversa l'atto surrogatorio avvantaggia il creditore procedente solo in tanto, in quanto abbia locupletato o conservato il patrimonio del debitore.

3°) L'art. 491 cod. civ. stabilisce che « l'erede con beneficio d'inventario non risponde dell'amministrazione dei beni ereditarii se non per colpa grave ».

Poichè l'erede beneficiario è indubbiamente debitore dei creditori ereditarii (22), bisogna ricercare se l'articolo cit. abbia voluto riservargli un trattamento di favore (come sembrerebbe dalla formulazione della norma), o di maggior rigore, rispetto ad ogni altra figura di debitore.

Si potrebbe cioè congetturare che ogni debitore risponda verso il creditore per la cattiva amministrazione del proprio patrimonio; che tale responsabilità, peraltro, rimanga localizzata nello stesso patrimonio su cui grava l'obbligazione principale; che eccezionalmente l'erede beneficiario risponda con tutto il proprio patrimonio per l'amministrazione del patrimonio ereditario; che, per rendere meno gravosa questa eccezionale responsabilità, si sia introdotto il temperamento della colpa grave.

Più probabilmente, però, la norma di cui all'art. 491 cod. civ. deve trovare un'altra spiegazione. Poichè l'erede beneficiario, *a differenza di ogni altro debitore*, può non avere alcun interesse a bene amministrare il patrimonio separato di cui è titolare (23), il legislatore ha dovuto introdurre a carico dell'erede

---

(22) A soluzione diversa si giungerebbe, se si dovesse scegliere la teoria (oggi senza seguito e quasi dimenticata), secondo cui l'eredità beneficiaria sarebbe persona giuridica.

(23) Egli avrà interesse a bene amministrare solo quando l'eredità sia, o possa divenire, attiva. Si noti che un fenomeno non molto diverso potrà verificarsi anche a proposito di altri patrimoni separati; tanto

un obbligo eccezionale di buona gestione, così come gli ha imposto un obbligo eccezionale di rendiconto (art. 496 cod. civ.), e così come ha aumentato in modo eccezionale i poteri di controllo dei creditori (cfr. ad es. art. 496 cit., artt. 500, 498, 1° co., cod. civ.; ecc.). Si noti, del resto, che l'art. 491 cod. civ. pone a carico dell'erede beneficiario un obbligo generale di buona amministrazione, e non, un semplice obbligo di esercitare i diritti, di astenersi da atti pregiudizievoli di disposizione, ecc., quale sarebbe argomentabile dagli artt. 2900 e sgg. (24).

Si deve dunque concludere che l'art. 2900 cod. civ. non trova il suo fondamento nell'antigiuridicità del comportamento del debitore inerte.

Si potrebbe allora pensare di individuare il fondamento del potere surrogatorio non già nell'antigiuridicità propriamente detta, ma in una generica ingiustizia del fatto del debitore, ossia, per tenersi su un terreno più ancora ancorato alla norma, in un generico sfavore per l'inerzia. E' ovvio che, contro la teoria del generico sfavore per l'inerzia, non si potrà obiettare la mancata concessione al creditore dell'actio ad compellendum debitorem ut adquirat.

Tuttavia, se le generica antisocialità dell'inerzia fosse il fondamento della norma di cui all'art. 2900, si potrebbe daccapo trovare assai strano che il debitore beneficii, non meno del creditore, dell'esperimento della surrogatoria: se quest'ultimo, mediante l'esercizio dei diritti del debitore, aumenta le probabilità di soddisfacimento del suo credito, è però vero che il debitore, come conseguenza normale di tale esercizio, vede addirittura aumentato il proprio patrimonio.

Per eliminare questa divergenza tra la finalità meramente sanzionatoria dell'istituto, ed il concreto effetto (vantaggioso anche per il debitore) dell'atto del creditore, bisognerebbe ulterior-

---

che la dottrina germanica si è domandata se in generale il titolare-amministratore di patrimonio separato, a differenza di ogni altro titolare di beni, risponda verso i terzi per l'amministrazione (sul punto vedi, per la negativa, PINO, *Patrimonio* cit., p. 44, e ivi bibliografia).

(24) Per un ulteriore argomento, addotto dal NICOLÒ contro la pretesa antigiuridicità dell'inerzia del debitore, vedi retro nota 10.



mente ripiegare su un fondamento diverso, mettendo l'accento sul semplice *dovere sociale* del debitore, anzichè sulla *violazione di questo dovere sociale*. In altre parole, il danno cagionato al creditore dall'inerzia del debitore matura col compimento della decadenza o prescrizione del diritto, che il debitore non ha fatto valere. Prima di tale istante, è più facile parlare di un dovere (sociale) del debitore, di esercitare il diritto, che non di una antidoverosità (sia pure solo sociale) dell'inerzia. La situazione è paragonabile a quella derivante da un obbligo non scaduto: in tale fase la tutela del creditore si giustifica in base all'obbligo stesso, ma non, alla sua violazione (che ancora non ha avuto luogo) (25).

A sua volta, la presenza del dovere sociale di cui sopra come fondamento dell'istituto sembra indimostrabile. Essa postula che l'art. 2900 cod. civ. si occupi in una certa misura del comportamento del debitore, e lo faccia oggetto di una valutazione; il che, come si vedrà (oltre, § 14), è inesatto (26). Se poi questo dovere sociale dovesse proprio configurarsi (contro ogni argomentazione finora esposta) come il fondamento dell'art. 2900 cod. civ., questa nozione non sarebbe feconda di alcun corollario: perchè non servirebbe ad illuminare nemmeno uno dei problemi interpretativi, suscitati dalla lettura dell'articolo 2900 cit.

Nè i risultati sembrano migliori quando si individui il fondamento del potere surrogatorio nel diritto del creditore

---

(25) Si osservi che nello stesso istante in cui si concreta il danno per il creditore, questi perde il potere di procedere in via surrogatoria, perchè le prescrizioni, le decadenze, ecc., sono opponibili nella identica misura al debitore ed al creditore.

(26) In dottrina non manca un'opinione, isolata ma autorevole, che, nel ricostruire il fondamento del potere surrogatorio, trascura l'inerzia del debitore per soffermarsi esclusivamente sulla prevenzione del danno futuro e sul fine di assicurare la futura attuazione del diritto di credito (NICOLÒ, sub art. 2900 cit., n. 3).

Accolto il punto di vista dell'aut. cit., sussisterebbe peraltro un divario fra il fondamento dell'istituto (che farebbe perno sul solo pericolo) e la fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio (poichè la fattispecie comprenderebbe, oltre al pericolo, anche l'inerzia del debitore).

di procedere all'esecuzione od agli atti conservativi (27). Dal diritto all'esecuzione, ecc. non discende affatto, come conseguenza logicamente necessaria, il potere di preparare tale procedimento con atti di esercizio dei diritti del proprio debitore (tanto è vero che la maggior parte delle legislazioni attuali e storiche, pur ammettendo il diritto all'esecuzione, ignorano l'azione surrogatoria). Il diritto all'esecuzione *rende possibile* al legislatore l'introduzione dell'istituto di cui all'art. 2900 cit., ma non spiega affatto le numerose condizioni e requisiti, a cui il legislatore subordina il concreto sorgere del potere surrogatorio.

La povertà di risultati dell'indagine in esame è dovuta, innanzitutto, a questo errore di prospettiva: all'aver creduto alla unicità del fondamento di ogni istituto giuridico.

Frequentemente, il fondamento degli istituti è plurimo. Nel nostro caso, il potere del creditore ha un certo fondamento (che si chiamerà interesse del creditore a che il patrimonio del debitore venga vincolato ad una funzione di garanzia, o in modi equivalenti), e le limitazioni a questo potere (limitazioni ottenute moltiplicando i requisiti della fattispecie, contenendo l'ambito entro il quale può operare il potere surrogatorio, ecc.) hanno un fondamento opposto (che generalmente viene individuato, con ragioni più o meno plausibili, nell'interesse del debitore alla libera disponibilità del proprio patrimonio).

Una indagine più accurata dovrebbe riconoscere, nell'ambito degli interessi tutelati o sacrificati dall'istituto surrogatorio, una molteplicità di coefficienti paralleli ed opposti.

In primo luogo, un interesse tutelato dall'art. 2900 cod. civ. è l'interesse del creditore, a che il patrimonio del debitore au-

---

(27) E' questa la nota, lucidissima teoria del Cicu, *Obbligazione* cit., p. 99. La caratteristica del pensiero dell'illustre autore è questa: che egli afferma sì il dovere del debitore, di rispettare la garanzia del creditore; ma ritiene altresì che questo dovere costituisca il fondamento della sola azione revocatoria, e non, del potere surrogatorio (vedi anche p. 32 e sgg. dell'op. cit.).



menti e non diminuisca. Questo interesse, di per sè, potrebbe suggerire al legislatore l'attribuzione al creditore di poteri anche più lati di quelli previsti dall'art. 2900 cod. civ.

A stretto rigore, peraltro, il creditore ha interesse non tanto all'aumento del patrimonio del debitore, quanto all'aumento degli elementi patrimoniali assoggettati alla garanzia generica (a chiunque spettino tali elementi patrimoniali: al debitore, o ad un terzo). Il legislatore, se avesse voluto tutelare unicamente l'interesse del creditore, l'avrebbe fatto con il mezzo più economico; ossia, avrebbe assoggettato i beni recuperati o conservati (dal creditore mediante procedimenti istituiti contro i terzi) al potere di esproprio dello stesso creditore.

Per spiegare come l'efficacia dell'atto surrogatorio esorbiti rispetto all'interesse dello stesso creditore, bisogna mettere in luce un ulteriore interesse sottostante alla norma.

L'individuazione di questo ulteriore interesse può lasciare da principio perplessi, poichè si possono seguire due diverse tracce:

a) si potrebbe pensare ad un interesse pubblico a che il patrimonio del debitore coincida nella più larga misura possibile con la sfera patrimoniale assoggettata alla garanzia generica;

b) si potrebbe pensare, viceversa, ad una protezione dell'interesse del debitore, a cui conviene di poter recuperare o conservare i beni, per l'acquisto ed il mantenimento dei quali si è adoperato il creditore.

Questi due distinti interessi possono essere ricompresi entrambi in una ulteriore formulazione, che può essere espressa così:

c) una volta che il creditore abbia esperito un procedimento contro il terzo, il debitore ha un interesse a potersi giovare dei benefici di questo procedimento. Sussiste del pari un interesse pubblico a che il debitore possa giovare degli atti del creditore, in quanto, esonerandolo da un ripetuto espe-

rimento dello stesso procedimento, si ottiene una preziosa economia di atti e di giudizi (28).

Così individuato un primo interesse del debitore, si deve mettere in luce un secondo interesse, facente capo del pari al debitore, a che il creditore non possa incidere mediante un proprio comportamento sui rapporti intercorrenti fra lo stesso debitore ed il terzo. Questo interesse non ha un diretto contenuto patrimoniale. Esso può acquistare un peso patrimoniale solo quando l'atto del creditore, rivelando l'insolvibilità del debitore, determini conseguenze sfavorevoli sui rapporti di affari del debitore.

Tradizionalmente, sono stati messi in evidenza dalla dottrina soltanto gli interessi facenti capo al creditore ed al debitore.

Ma l'indagine attorno agli interessi in gioco deve condurre a mettere in evidenza soprattutto la posizione del terzo. Questi è il vero controinteressato all'efficacia dell'atto posto in essere dal creditore.

Si può discutere se l'interesse del terzo sia degno di protezione, poichè il terzo specula semplicemente sui vantaggi

---

(28) Qualche autore, anche valoroso, ha detto che il creditore agisce « in danno del debitore » (per tutti CLAPS, *Natura giuridica* cit., p. 562). Quest'affermazione è manifestamente inesatta.

Si supponga ad es. che il creditore interrompa, procedendo in virtù dell'art. 2900, una prescrizione che sta per nuocere al debitore. Il vantaggio del creditore, per ora, è solo potenziale; quello del debitore è immediato. Se il creditore non operasse in tempo, il debitore perderebbe il diritto soggetto a prescrizione senza per questo liberarsi del suo debito verso il creditore. Quando anche il creditore agisca in via esecutiva sul diritto, la cui prescrizione è stata interrotta, il debitore troverà questo succedersi di circostanze (conservazione del diritto; perdita forzata del diritto; estinzione di una propria passività mediante il ricavato) più vantaggioso di ciò che sarebbe avvenuto senza l'iniziativa del creditore (si sarebbe estinto il diritto verso il terzo; sarebbe rimasto in vita il debito verso il creditore).

Quanto al creditore, spesso egli gode di un beneficio inferiore a quello da lui arrecato al debitore, perchè il bene da lui conservato o recuperato al debitore può essere aggredito da qualsiasi altro creditore (su ciò vedi oltre, capitolo III della presente trattazione).



che gli cagiona l'inerzia del debitore, e cerca di ottenere da questa inerzia un lucro non giustificato.

Ma bisogna pur tener presente che l'interesse del soggetto passivo di un rapporto, a che il rapporto non sia fatto valere da un estraneo, è tutelato dal principio fondamentale, secondo cui titolarità e potere di disposizione di un diritto si accompagnano di norma l'una all'altro: il riconoscimento della preminenza di questo interesse costituisce un cardine del diritto privato, così radicato che in molte legislazioni lo stesso procedimento surrogatorio è, in via di principio, escluso (29).

Ulteriormente interessati agli effetti del procedimento surrogatorio sono i concreditori: purchè la legge li ammetta a beneficiare dei risultati dell'atto compiuto in via surrogatoria, il loro interesse è perfettamente solidale con quello del creditore agente e con quello del debitore principale.

Se è vero quanto detto fin qui, non c'è dubbio che il fondamento dell'istituto surrogatorio può essere plurimo e complesso: che esso può identificarsi, cioè, non già nell'interesse di uno dei soggetti (supponiamo: il creditore; o il debitore), ma nel temperamento fra i diversi interessi in gioco.

La ricerca del fondamento viene così a spostarsi dall'ambito delle singole situazioni facenti capo a questo o quel soggetto (garanzia spettante al creditore; comportamento del debitore; e così via) alla valutazione legale comparativa delle diverse situazioni che debbono essere armonizzate (spettanza del rapporto al debitore; garanzia generica tendenzialmente operante a favore del creditore; affidamento prestato dal debitore e dai concreditori all'efficacia degli atti posti in essere dal creditore agente; ecc.).

Per conseguenza, l'invocazione del fondamento del nostro istituto non sarà mai decisiva per la buona soluzione di un problema esegetico pratico. Ogni lacuna della legge, ogni dubbio che si affacci all'interprete, potranno essere colmati o risolti in modi opposti a seconda che si invochi la tutela di un inte-

---

(29) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 77. definisce questo interesse del terzo come un « interesse di mero fatto ».

resse, o la protezione dell'interesse opposto. La legge, in via di principio, tende a contemperare la protezione dei varii interessi in gioco. Perciò l'interprete, nel risolvere i problemi esegutici, non si limita ad allegare quale sia l'interesse da tutelare, ma prova e dimostra quale sia l'interesse effettivamente tutelato. Questa dimostrazione deve essere ottenuta ed offerta con i consueti mezzi ermeneutici (storico, sistematico, ecc.).

Se poi si domandasse se per «fondamento di un istituto» si debbano intendere (come ho fatto finora) gli interessi sottostanti alla norma, o, viceversa, la valutazione legale di questi interessi, o, ancora, il fatto da cui sorge la particolare dignità di protezione di un interesse dato, si dovrebbe dare la risposta che segue.

In tema di potere surrogatorio, il valore del termine «fondamento» non è costante presso i diversi scrittori (30).

Se, ad es., si dice che il «fondamento» del potere surrogatorio è dato alla destinazione del patrimonio del debitore a garanzia del credito, questa affermazione può tradursi nelle tre diverse formulazioni che seguono:

a) Il legislatore, perseguendo tendenzialmente la destinazione del patrimonio del debitore alla garanzia del credito, ricorre a svariati mezzi tecnici, di cui uno è il potere surrogatorio, attribuito (con maggiori o minori limitazioni) ai creditori. In questa prima formulazione, la destinazione del patrimonio del debitore non si confonde con le singole norme positive, ma ne costituisce lo scopo tendenziale (fondamento razionale secondo la classificazione del Bosc) (31).

b) Il legislatore sancisce la potenziale destinazione dei beni del debitore alla garanzia del credito, concretando tale

---

(30) Talora un unico autore ha cura di contrapporre ordinatamente varii tipi di «fondamento»: ad es., il fondamento razionale e il fondamento giuridico (corrispondenti rispettivamente alla ratio della norma, ed al principio di diritto applicato dal legislatore della norma concreta). Vedi sul punto Bosc, in *Étude cit.*, p. 41 e sgg.; secondo questo autore, il fondamento giuridico coinciderebbe a sua volta con la natura giuridica dell'istituto.

(31) Vedi nota precedente.



destinazione in una norma perfetta, la quale non attribuisce ancora al creditore alcun potere surrogatorio. Peraltro, la norma in esame mette in evidenza che l'interesse del creditore alla consistenza del patrimonio del debitore è giuridicamente apprezzabile. Questa valutazione dell'interesse del creditore apre ulteriormente la via all'attribuzione del potere surrogatorio al creditore.

c) Il legislatore sancisce la destinazione dei beni del debitore alla garanzia del credito. Tale precetto costituisce una norma perfetta, di cui il principio surrogatorio è un'applicazione necessaria e consequenziale. O, in altre parole, il potere surrogatorio è implicito nella destinazione dei beni del debitore alla garanzia come il particolare è contenuto nel generale. In quest'ultima formulazione, si intende come « fondamento » dell'azione surrogatoria una norma più generale, che, a rigore, rende persino inutile l'art. 2900 (32).

In conclusione, per fondamento dell'istituto si può intendere: tanto la regola generale, di cui l'istituto è un'applicazione concreta; quanto la ragione dell'istituto.

Ma non mancano ulteriori modi (ben diversi dai precedenti) di intendere il fondamento di un istituto.

Così ad es. quando si dice che « il fondamento giuridico speciale della revocatoria è il delitto... se il terzo fu di mala fede » (33), che « la revoca trova il suo fondamento in un illecito del debitore » (34), o quando si dice che « il possesso,

---

(32) La parola fondamento assume frequentemente questo significato fra i giuristi. Così ad es. quando si dice che il fondamento dell'irrelevanza della riserva mentale non riconosciuta in materia di atti tra vivi sta nel principio dell'affidamento; che il fondamento degli effetti del matrimonio putativo sta nella irretroattività di massima della sentenza di annullamento di matrimonio, ecc.

(33) GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, n. 261. Il lettore sa che per l'autore cit. il fondamento generale delle azioni revocatoria e surrogatoria è la garanzia gravante sul patrimonio del debitore; ma qui interessa la frase riportata fra virgolette non tanto come specifico indice del pensiero del GIORGI, quanto come esempio del vario valore del termine « fondamento ».

(34) Così riassume la « tesi tradizionale » il SATTA, a p. 150 delle *Istituzioni diritto fallimentare* cit.

e non già il titolo, è il fondamento dell'acquisto mobiliare *a non domino* » (35), affiora un nuovo significato della parola « fondamento », che può venire ridotto:

d) alla fattispecie (o al fatto costitutivo della stessa);

e) a quegli elementi della fattispecie i quali costituiscano (da un punto di vista di buona politica legislativa, o in base alla tradizione storica, al diritto naturale, al diritto comparato, ecc.) la giustificazione principale e quasi assorbente delle conseguenze che la norma riconnette alla fattispecie;

f) ad una qualificazione del fatto o degli elementi pre-rato ecc.) la giustificazione principale e quasi assorbente delle norme alla stessa fattispecie.

Questa ambiguità del termine « fondamento » non manca di creare qualche malinteso fra gli studiosi.

Così ad es., se la concezione dell'azione surrogatoria come fondata sulla repressione di un'ingiusta inerzia del debitore viene criticata perchè l'art. 2900 non sembra applicare nè i criterii espressi nell'art. 1218, nè quelli di cui all'art. 2043 (36), questa critica è perfettamente valida contro una configurazione della surrogatoria come semplice applicazione deduttiva degli artt. 1218 o 2043 cod. civ. (37), ma non varrebbe contro chi vedesse nella antisocialità, nella ingiustizia in senso non giuridico del comportamento del debitore la generica ratio di una norma volta a tutelare il creditore coll'espedito della legittimazione surrogatoria all'esercizio del diritto.

Così, per fare un ulteriore esempio, si è sostenuto, sotto il codice abrogato, che, non avendo il creditore bisogno alcuno di una preventiva autorizzazione giudiziale per agire in surro-

---

(35) Ad es. MENGONI, *Acquisto* cit., p. 143, che contrappone un « momento fondamentale della fattispecie » agli elementi solo qualificativi del precedente. Cfr. ivi « l'acquisto... si fonda sul possesso ».

(36) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 19.

(37) Si noti per inciso che, se l'azione surrogatoria avesse soltanto il valore di una piatta applicazione concreta dell'art. 2043, l'interprete dovrebbe essere in grado di desumere dalla stessa norma generica sugli atti illeciti la legittimazione surrogatoria del creditore; sì che l'art. 2900 dovrebbe essere superfluo.



gatoria, l'azione di cui all'art. 1234 cod. civ. non poteva essere un'applicazione del principio dell'esecuzione forzata delle obbligazioni di fare, contenuto nell'art. 1220 (38). Tale ragionamento non avrebbe valore contro chi sostenesse che il principio ispiratore comune degli artt. citt. fosse l'opportunità di sopperire mediante un apparato coercitivo, affidato al creditore, alla inerzia obbiettivamente antiggiuridica del debitore.

Ciò premesso, la ricerca di un «fondamento come norma, di cui l'art. 2900 sia un'emanazione», così come la ricerca di un «fondamento-fattispecie», o di un «fondamento, come elemento chiave della fattispecie», o di un «fondamento come qualifica legale del fatto», presuppone la ricostruzione del contenuto dell'art. 2900, e del principio positivo che in esso si è concretizzato. In altre parole, la ricerca del fondamento in questo senso è successiva all'esegesi, e viene portata a compimento quando ormai l'interprete ha adempiuto a tutti i suoi compiti (39). Per conseguenza, l'accertamento del fondamento diviene una induzione da norma già nota anzichè modo di ricerca di una norma ignota.

Dopo le considerazioni esposte sopra, non si può dar torto a chi ha negato che le ricerche sul fondamento del potere

---

(38) Così CICCÙ, *Obbligazione* cit., p. 96 e sgg.; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 41. L'art. 1220 appare oggi alquanto modificato nella sostanza: cfr. il corrispondente art. 2931 cod. vigente.

Si noti però che, anche in questo caso, l'art. 1234, come il corrispondente art. 2900 del cod. vigente, e come già il precedente art. 1166 code Nap., non esclude esplicitamente il requisito dall'autorizzazione giudiziale. Se l'interprete dovesse desumersi aliunde che il fondamento dell'azione surrogatoria consiste nel principio di cui all'art. 1220 cod. abr. (art. 2931 cod. vigente), diverrebbe fatale la riesumazione della vecchia teoria secondo cui l'autorizzazione giudiziale è un presupposto indefettibile del procedimento surrogatorio.

(39) Così ad. es. gli autori deducono: che il fondamento del potere surrogatorio non consiste nel potere di ottenere la coercizione degli obblighi di fare, dalla circostanza che il procedimento di cui all'art. 2900 non presuppone un'autorizzazione giudiziale; che il fondamento del potere surrogatorio non consiste nella illiceità dell'inerzia del debitore, dall'assenza di un obbligo di risarcimento di danni, imposto al debitore inerte, ecc.

surrogatorio siano proficue. Giustamente si è osservato (a proposito del cosiddetto fondamento giuridico, contrapposto al fondamento razionale) che, quando la norma è oscura, la sua oscurità renda dubbio e di difficile accertamento il principio, di cui la norma costituisce un'emanazione (40). Questa osservazione deve essere applicata anche al cosiddetto fondamento razionale, allo scopo della norma, ed a qualsiasi altro riflesso razionale o sociologico della norma. La osservazione ora espressa deve essere integrata dalla sua reciproca: quando la norma è chiara, la ricerca sul fondamento della stessa è superflua ai fini dell'interpretazione.

§ 13. - IL RAPPORTO FRA IL SOGGETTO PROCEDENTE E IL  
TITOLARE DEL DIRITTO O DELL'AZIONE ESERCITATI.

Questo elemento delle fattispecie diede luogo a discussioni non appena scomparvero le vecchie teorie sulla necessità del titolo esecutivo e della surrogazione giudiziale (vedi retro § 10). Per influsso storico della superata concezione esecutiva del procedimento surrogatorio, o per un generico fine di protezione del debitore dalle eccessive ingerenze del creditore, la giurisprudenza e la dottrina francese chiedono che il soggetto procedente sia munito di un credito certo liquido ed esigibile (1). In Italia sotto l'impero del codice abrogato si propendeva invece per la sufficienza del credito a termine, condizionale, ed illiquido (2); questo indirizzo si è rafforzato dopo l'entrata in vigore del codice del 1942 (3).

---

(40) Bosc, in *Étude* cit., p. 41 e sgg.; secondo questo autore, la indagine sul fondamento giuridico dell'istituto, intesa come mezzo di accertamento del contenuto della norma, conduce a risultati falsi. Io ritengo piuttosto che, se tale metodo conduce a risultati falsi, la colpa sia esclusivamente dell'indagatore, e non del metodo. Il metodo di per sé conduce semplicemente all'incertezza ed al dubbio, e non a risultati falsi. Vedi sul problema, in generale, Sacco, *Interpretazione* cit., cap. IX e X.

(1) Vedi retro. nota 22 al § 10.

(2) Vedi retro, nota 22 al § 10.

(3) Per la sufficienza del credito condizionale ed a termine la dottrina unanime: BARASSI, *Teoria obbligazioni* cit., III, p. 981; MESSI-



Peraltro, la lettera dell'art. 2900 non pregiudica la questione.

Si è invocato, a proposito dell'atto posto in essere dal creditore condizionale, l'art. 1356 cod. civ. (4). Ma tale articolo regola esclusivamente i rapporti fra le parti del negozio condizionale, e non, i rapporti fra una di esse ed i terzi; e, soprattutto, non dice quale sorte abbiano gli effetti degli atti conservativi posti in essere dal creditore interinale, o dal creditore sotto condizione sospensiva, una volta che la condizione risolutiva si sia verificata, o quella sospensiva sia mancata.

Da altri autori si invoca l'analogia con l'art. 2901 cod. civ., che concede l'azione revocatoria al creditore condizionale. Se il terzo subisce la più gravosa soggezione di cui all'art. 2901 cod. civ., non c'è ragione di non estendere il medesimo criterio, a fortiori, alla materia trattata nell'art. 2900.

Ma l'argomento ora segnalato deve portare a ben diverse conseguenze, ove si mettano in luce i limiti di efficacia dell'azione revocatoria intentata dal creditore condizionale. Egli può certo proporre una domanda giudiziale, ma è chiaro che, se dopo l'accoglimento della domanda si verifica la condizione risolutiva o manca la condizione sospensiva, gli effetti della sentenza vengono meno. Se una *eadem ratio* opera sia nell'art. 2901 sia nell'art. 2900, si deve arrivare a questo risultato: che il creditore, pendente la condizione, può ottenere

---

NEO, *Manuale* cit., § 108, p. 146; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 76 e 77; MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 4; GIOIA, *Azione surrogatoria* cit., p. 37 e sgg. (NICOLÒ, *ivi*, richiede peraltro che il giudice abbia riguardo alla maggiore o minore probabilità del verificarsi della condizione). Si può citare in contrario il solo CANTILLO (*Appunti* cit., p. 8, per incidens), il quale richiede il credito certo liquido ed esigibile.

Nello stesso senso della dottrina è la giurisprudenza recente (Cass. 9 gennaio 1947, n. 9, inedita, in applicazione dell'art. 1234 cod. civ. 1865), più larga di quella formatasi nel 1939-1942 (vedi sempre nota 22 al § 10).

(4) MESSINEO e NICOLÒ, nei luoghi ult. cit.

L'applicazione conseguente dell'art. 1356 porterebbe peraltro a trattare in modo identico *qualsiasi* credito condizionale, mentre il NICOLÒ accoglie il sistema del « caso per caso » (vedi nota prec.).

(agendo in via surrogatoria) la sentenza contro il terzo; ma l'effetto della sentenza viene meno col venir meno della condizione sospensiva o col verificarsi della condizione risolutiva.

Volendo veramente tener conto del gioco della ratio nei due procedimenti revocatorio e surrogatorio, bisognerebbe precisare quanto segue:

— in primo luogo, dall'analogia con l'art. 2901 non è possibile (per le ragioni ora dette) ricavare l'efficacia definitiva dell'atto compiuto dal creditore condizionale;

— peraltro, la indubbia provvisorietà degli effetti dell'azione revocatoria promossa dal creditore condizionale non determina ancora (per analogia) la provvisorietà degli effetti dell'atto posto in essere in via surrogatoria dal creditore condizionale, in quanto la diversa gravità degli effetti dell'uno e dell'altro procedimento rendono plausibile una diversa valutazione legislativa dei due casi.

Ritornando alla lettera dell'art. 2900, è chiaro che, poichè esso parla in genere di « creditore », il requisito della esigibilità del credito non può essere richiesto, il creditore essendo tale anche prima della scadenza. Però è anche vero che, in difetto di una diversa disposizione di legge, l'atto posto in essere in via surrogatoria da chi è creditore sotto condizione sospensiva o risolutiva dovrebbe produrre un'efficacia condizionata. L'efficacia diverrebbe definitiva quando la condizione sospensiva sussista o quella risolutiva manchi. Una soluzione opposta (inefficacia definitiva dell'atto) si avrebbe nell'ipotesi inversa.

In caso di azione o eccezione proposta giudizialmente dal creditore condizionale si applicherebbero, logicamente, gli ulteriori principii che regolano l'esperimento dei mezzi giudiziali da parte del soggetto munito di un potere d'azione condizionato.

Queste deduzioni, che pure paiono logiche, sono estranee al sistema comunemente accolto: qual'è dunque la molla che spinge dottrina e giurisprudenza a decidere il problema nel senso dell'irrelevanza del successivo verificarsi o mancare della



condizione? Si può probabilmente affermare che la preoccupazione della certezza del diritto abbia avuto la sua parte nello sconsigliare all'interprete la rigorosa applicazione dei principii sulla condizione.

Ma, se fosse legittima questa prima interferenza del principio della certezza del diritto, bisognerebbe ricordare una lunga serie di altre ipotesi, in cui il medesimo procedimento logico-giuridico sarebbe parimenti giustificato: così quando agisca in via surrogatoria un creditore, tale in virtù di un negozio annullabile, risolubile, rescindibile, ecc. concluso con il debitore; oppure quando proceda un cessionario di credito, in tale virtù di una cessione annullabile ecc.; o un creditore apparente, munito dei requisiti di cui all'art. 1189 cod. civ. (o, a maggior ragione, dei requisiti di cui alle leggi sui titoli di credito); ecc.

L'insegnamento comune, che suole equiparare il creditore sotto condizione risolutiva al creditore puro, sarebbe pronto ad ammettere un'uguale soluzione per tutti gli altri casi ora elencati? E, in genere, la protezione legale degli interessi in gioco sembra orientare il suo favore verso i soggetti interessati alla certezza degli atti, o verso i soggetti interessati alla retroattività dell'annullamento, all'irrilevanza della semplice apparenza, ecc.?

Prima di procedere, sarà bene ricordare quale sia, nel caso in esame, il gioco degli interessi contrapposti.

Quando un atto (ad es.: un atto interruttivo di prescrizione) venga posto in essere da un sedicente creditore, sia i concreditori, sia il debitore, mancheranno di ogni stimolo a rinnovarlo, ritenendo oramai operante l'atto (nell'esempio sopra proposto: l'interruzione). Se poi in seguito il titolo apparente, allegato dal soggetto che ha compiuto l'atto interruttivo, si dimostri inconsistente, l'affidamento prestato dai concreditori e dal debitore si dimostrerà malriposto.

In sostanza, il conflitto si apre fra gli interessati alla conservazione dell'atto posto in essere in via surrogatoria (interessati alla sicurezza dinamica del diritto) e gli interessati all'ineffi-

cacia di tale atto (interessati alla sicurezza statica). La specifica dignità di protezione dei primi dipende dalla circostanza che essi, fiduciosi nell'efficacia dell'atto, possono aver omesso di rinnovarlo.

L'efficacia dell'atto al di là dei limiti posti dalle regole comuni del diritto civile può essere desiderata soprattutto in due distinte direzioni: per sopperire ai casi di incertezza obbiettiva di una situazione (condizione pendente, annullabilità non ancora seguita da annullamento, risolubilità, rescindibilità, non ancora seguita da risoluzione o rescissione, ecc.); e per ovviare ai casi di *error communis* intorno ad una situazione (apparenza di credito presso taluno, ecc.).

Ma, se sono chiarissime le ragioni che militano *de iure* condendo per la conservazione dell'atto, è assai meno facile trovare nelle nostre fonti un appiglio sicuro per giustificare *de iure* condito una soluzione in questo senso.

Si potrebbe pensare, innanzitutto, di salvare l'atto compiuto in via surrogatoria da chi è creditore in base ad un titolo relativamente invalido, prendendo le mosse dalla tutela dei terzi in genere, o dei terzi di buona fede in specie, di fronte all'annullamento, alla rescissione, alla risoluzione degli atti (artt. 1445, 1452, 1458, 2° co., cod. civ.). Questa direttiva incontrerebbe una serie di ostacoli. In primo luogo, i «terzi» degli artt. citt. sembrano essere, subbiettivamente, i soli aventi causa dal creditore interinale (5), e non già, chiunque beneficii direttamente o indirettamente degli atti del titolare interinale (nel nostro caso, rispettivamente: debitore principale, e concreditori). Voltando la questione dal punto di vista obbiettivo, gli artt. citt. si riferiscono ai diritti acquistati dai terzi, e non già ai giudicati formatisi in modo vantaggioso per i terzi, nè agli atti di mera conservazione (es.: interruzione della prescrizione, ecc.) compiuti contro il terzo, ecc.

Passando dal particolare al generale, si potrebbe pensare di erodere il principio stesso della retroattività della condi-

---

(5) *Mia Buona fede* - cit., p. 195 e sgg.



zione (6), e, con maggiore plausibilità, il simile criterio della retroattività dell'annullamento, della rescissione, della risoluzione, ecc. (7). Il problema così affacciato si allarga però fuori

---

(6) Questa soluzione, peraltro, danneggerebbe irrimediabilmente il creditore sotto condizione sospensiva, o chi abbia alienato (o rinunciato) il credito sotto condizione risolutiva.

(7) In dottrina è stato messo in risalto che la retroattività della condizione è meno assoluta, che non la retroattività dell'annullamento. Ciò è indubbio per quanto concerne i poteri di godimento e gli acquisti dei frutti. Sembra però vero l'inverso per quanto riguarda i poteri di disposizione, di azione, ecc. (cfr. gli artt. 1145, 1452, 1458, 2° co., cod. civ.; a cui contrapponi l'art. 1357 cod. civ.).

Taluni fenomeni giuridici sostanziali, tradizionalmente presentati come eccezioni al principio della retroattività dell'annullamento o di altri provvedimenti giudiziali, tendono oggi ad essere presentati come fenomeni regolari, riducendosi a ius singulare ogni applicazione della retroattività. Così ad es. si afferma che per regola la risoluzione non retroagisce (con la conseguenza che colui che ridiviene titolare della risoluzione sia un avente causa del titolare interinale. Così AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano 1942, p. 272 e sgg., ed altri, anche prima di lui; vedi critica in MENGONI, *Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti*, in *Riv. dir. com.* 1948, I, p. 300 e sgg.); e che la pronunzia di annullamento (o nullità che sia) del matrimonio di regola non retroagisce (secondo la notissima teoria del CICU, *Il concetto giuridico del matrimonio*, Addiz. II a BAUDRY LACANTINERIE e LOYNES, *Delle persone*, tr. it., Milano 1942, p. 934, e *Matrimonio*, 2ª ed., Bologna 1920, p. 317).

Anche le considerazioni svolte dai processualisti inducono a riconoscere una certa maggiore efficacia alla sentenza ottenuta dal soggetto con titolo affetto da invalidità relativa, che non, alla sentenza ottenuta dal soggetto con titolo condizionato.

Nella dottrina italiana (non molto prodiga su questo punto) consulta ALLORIO, *Cosa giudicata* cit., p. 178 e seg. Egli, sotto l'impero dei codici abrogati, negava risolutamente che la sentenza ottenuta contro il soggetto, il cui acquisto fosse risolutivamente condizionato, o suscettibile di annullamento, potesse opporsi al terzo alienante, una volta verificata la condizione o annullato il titolo. Ma le argomentazioni addotte (le quali culminano con un procedimento per analogia a fortiori facente leva sul trattamento del potere di alienare) lasciano pensare che, in presenza delle nuove norme civilistiche contenute nel codice del 1942, si potrebbe far uso di una maggiore indulgenza verso la soluzione ivi condannata, quanto meno nell'ambito del titolo soggetto ad impugnativa.

Una dottrina germanica, che da noi non ha avuto seguito, ammette la piena efficacia verso il soggetto, a cui vantaggio opererà la condizione

dal nostro campo: il suo oggetto non mira alla speciale questione del creditore interinale, che compie un atto in via surrogatoria, ma alla generale questione del titolare interinale di una situazione giuridica, il quale compia un atto in virtù della sua provvisoria legittimazione. Risultati diversi possono forse emergere, a seconda che sia sottoposta al rischio dell'eliminazione la stessa costituzione del credito, o soltanto il trasferimento del credito dall'uno all'altro titolare.

Su un piano diverso e più ampio, la questione della legittimazione del creditore apparente può ricollegarsi al problema generale dell'efficacia *praeter legem* dell'apparenza, o della protezione *praeter legem* della buona fede.

Quando l'elaborazione giurisprudenziale del codice del 1942 era ancora limitata, la dottrina ha affermato senza contrasto che, in base alla nuova legislazione, la buona fede riceve una tutela empirica e casistica (forse anche asimmetrica e incoerente) ma certo non lacunosa: per cui le regole protettrici della certezza del traffico giuridico vanno ricercate nella legge scritta, escluso ogni ricorso a pretesi principii generali del diritto (8).

---

o l'annullamento, della sentenza ottenuta medio tempore da e contro il soggetto, che figura come titolare del rapporto in attesa che la condizione o l'annullamento abbia luogo (HELLWIG, *Wesen und subiektive Begrenzung der Rechtskraft*, Lipsia 1901, p. 109 e sgg. fino a p. 124).

Quanto esposto rivela che l'erosione del principio della retroattività è ormai in corso.

Si potrebbe anche richiamare, a questo proposito, l'esplicita disposizione di cui all'art. 1361, 1° co., cod. civ. («L'avveramento della condizione non pregiudica la validità degli atti di amministrazione compiuti dalla parte a cui, in pendenza della condizione stessa, spettava l'esercizio del diritto»). Si può discutere se questo articolo sia direttamente applicabile al creditore condizionale, il quale proceda in via surrogatoria (l'uso del potere surrogatorio non sembra doversi definire come atto di amministrazione): o se per lo meno questo articolo possa invocarsi ai fini ora accennati in forza di un'estensione analogica; e se ulteriormente si possa applicare lo stesso criterio al creditore interinale, tale in virtù di negozio relativamente invalido.

(8) Si muovono nell'ordine di idee della tipicità delle fattispecie di buona fede protette: STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947 (di cui vedi già, sotto il cod. precedente, *L'apparenza del diritto*, Modena 1934); MENGONI, *Acquisto cit.*, e cfr., più a lungo, mia *Buona fede cit.*



La giurisprudenza ha però mantenuto fede al canone elaborato *praeter legem* al tempo dei codici abrogati, per colmare le innegabili lacune di quella legislazione: « Il principio dell'apparenza del diritto, inteso alla tutela della buona fede dei terzi, è legittimato dal concorso dei seguenti presupposti: uno stato di fatto non corrispondente allo stato di diritto; l'erronea credenza dei terzi, immune da colpa, che lo stato di fatto rispecchi la realtà giuridica, per modo che essi abbiano regolato la loro condotta facendo affidamento su una situazione giuridica non vera ma apparente » (9). Si richiede poi un altro requisito: che il fatto di apparenza sia stato colposamente cagionato dallo stesso soggetto, a cui viene opposta l'apparenza di diritto (10).

Ma anche volendo aderire senza riserva a questa coppia di massime giurisprudenziali, esse sono inapplicabili al fenomeno che interessa in questa sede. Infatti, nel caso che qui interessa, il controinteressato al fatto apparente (terzo) non può aver « dato colposamente luogo all'apparenza ».

Non si può dunque invocare, ai fini dell'indagine di cui si tratta, alcun principio generale di buona fede o di apparenza; nè si può ricavare un'analogia dalla protezione di chi paga al creditore apparente (art. 1189 cod. civ., e regole speciali in materia di titoli di credito), perchè manca del tutto la *eadem ratio*.

La via per concedere l'efficacia definitiva all'atto surrogatorio compiuto dal non creditore munito di titolo apparente, o di titolo condizionale successivamente eliminato dal sopraggiungere o dal venir meno della condizione, o di titolo relativamente invalido e successivamente posto nel nulla, sem-

---

(9) Così la Corte di Cassazione, nelle sentenze seguenti: 20 aprile 1950, n. 1060; 7 luglio 1950, n. 1794; 12 aprile 1954, n. 1151; ecc. Abbonda anche la giurisprudenza degli organi giurisprudenziali periferici.

Vedi una fedele illustrazione del pensiero giurisprudenziale in D'AMELIO, voce *Apparenza del diritto*, in *Nuovo dig. it.*

(10) Esplicitamente, Cass. 20 febbraio 1954, n. 472; implicitamente anche tutte le sentenze menzionate nella nota prec.

bra dunque, allo stato degli argomenti finora esaminati, preclusa (11).

Si può tutt'al più domandare se il debitore, od i creditori, possano attribuire ex post l'efficacia desiderata agli atti compiuti dal creditore condizionale od apparente.

Si potrebbe pensare, innanzitutto, alla ratifica di cui all'art. 1399 cod. civ. Com'è noto, per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza dominanti hanno considerato il creditore procedente in via surrogatoria come un rappresentante del debitore (12). E' altrettanto noto che oggi la teoria della rappresentanza è superatissima in Italia e perde terreno in Francia (13).

Potrebbe però sussistere una *communis ratio* decidendi nelle due ipotesi del soggetto che tratti come rappresentante senza averne i poteri, e del soggetto che agisca come creditore senza averne il titolo. Supposto che si possa dare alla questione una risposta positiva, l'applicazione dell'art. 1399 cit. al *falsus creditor* avrebbe un ambito limitato per le circostanze seguenti.

In primo luogo, l'art. 1399 cod. civ. si riferisce al *falsus*

---

(11) Nessun serio tentativo per giungere alla conservazione dell'atto surrogatorio posto in essere dal creditore interinale o dal creditore apparente potrebbe condursi attraverso alla ricostruzione del « fondamento » del potere surrogatorio.

Se il fondamento consistesse nella garanzia generica spettante al creditore sul patrimonio del debitore ed al potere di controllo gestorio che gli è concesso anche pendente condicione, si dovrebbe dare atto che gli effetti degli atti di controllo si risolvono col verificarsi della condizione risolutiva, o col mancare della condizione sospensiva.

Se tale fondamento coincidesse con l'antisocialità dell'inerzia del debitore, si potrebbe anche sostenere che l'antisocialità (essendo un fenomeno etico, o di fatto, comunque non giuridico) è suscettibile sì di estinzione, ma non di risoluzione con effetto retroattivo; o, in altre parole, una volta supposta l'ingiustizia (in senso sociale) dell'inerzia del debitore, tale ingiustizia sarebbe incondizionata anche quando fosse condizionato il rapporto fondamentale di credito. Si è però già visto (§ prec.) che il fondamento del potere surrogatorio non può consistere nell'ingiustizia del comportamento.

(12) Vedi, retro, § 10.

(13) Vedi oltre, §§ 26 e sgg.



procurator il quale abbia «contrattato». Nella maggior parte dei casi, il comportamento posto in essere dal sedicente creditore non avrà natura nè di contratto nè di atto unilaterale recettizio civilistico (equiparabile in via di principio al contratto, in base all'art. 1324 cod. civ.) (14).

Più precisamente, l'atto posto in essere in via surrogatoria sarà nella maggior parte dei casi un atto processuale, probabilmente sottratto ad ogni ratifica (15).

In secondo luogo, il debitore, che non si è curato di conservare o di recuperare un proprio bene od un proprio diritto, spesso non si preoccuperà nemmeno di ratificare l'operato del (sedicente) creditore.

Si domanda perciò quali poteri spettino, al riguardo, ai creditori effettivi. In quanto la ratifica si concepisca come l'«esercizio» di uno speciale «diritto spettante verso i terzi», i creditori potrebbero senza dubbio esercitare in via surrogatoria il relativo potere. Ma la premessa di quest'ultima conclusione sembra per lo meno dubbia.

Per garantire ai creditori una più sicura tutela, bisognerebbe ammettere che si rappresentino a vicenda, che pertanto il sedicente creditore operi anche come falsus procurator dei creditori veri, e che ulteriormente ogni creditore possa ratificare l'atto posto in essere dal falsus creditor (16).

---

(14) E' dubbio inoltre se l'art. 1324 cod. civ. possa essere invocato ai fini della ratifica di un atto unilaterale. Vedi rispettivamente, per l'affermativa: MIRABELLI, *Ratifica dell'atto unilaterale*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1953, V, 38; e, per la negativa: CARRESI, *In tema di difetto e di abuso di rappresentanza*, in *Riv. dir. com.* 1951, I, 218.

(15) Per l'inefficacia della ratifica dell'atto processuale vedi, in giurisprudenza, Cass. 12 ottobre 1953, n. 3320, e, più precisamente, Trib. Genova 28 febbraio 1953, in *Foro pad.* 1954, I, p. 102. In dottrina cfr. BRUNETTI, *Gestioni di affari e processo*, in *Foro pad.* 1954, ivi, ed ivi esposizione dello stato della dottrina; agli autori ivi citati adde, nel senso della inefficacia assoluta di ogni ratifica, ANDRIOLI, *Commento cit.*, I, p. 226 (vedi ivi notizie su un temperamento apportato al principio dalla giurisprudenza della Cassazione).

(16) Per arrivare a questa conclusione bisognerebbe ricorrere a ragionamenti alquanto capziosi, configurando la massa dei crediti come una «comunità semplice d'interessi», e sostenendo che nell'ambito delle

Data la labilità delle argomentazioni che possono portarsi a suffragio dell'applicabilità della ratifica di cui all'art. 1399 all'atto del falsus creditor, converrà perciò affrontare un'ulteriore questione: se l'atto posto in essere dal falsus creditor in via surrogatoria abbia i caratteri di una negotiorum gestio.

Quest'ultimo interrogativo obbliga l'interprete a fare i conti con una notevole massa di difficoltà.

Innanzitutto si dovrebbe chiarire se l'atto posto in essere dal falso creditore si debba considerare come atto di utile gestione compiuto sulla sfera del debitore (atto di gestione compiuto su sfera ritenuta altrui, con o senza spendita del nome, regolato dagli artt. 2028 e sgg.), o come atto di utile gestione compiuto in ordine al credito principale, od al cosiddetto rapporto di pegno generico (atto di gestione compiuto su sfera ritenuta propria, espressamente richiamato dall'art. 2032). Nell'ambito della figura dell'atto compiuto sul credito principale, o sulla situazione di pegno generico, bisognerà ancora distinguere l'atto compiuto da chi si vanta creditore accampando un rapporto

---

comunità semplici di interessi sussiste un potere di rappresentanza reciproca fra i partecipanti.

Per un notevole tentativo di dare sistemazione organica alla materia delle comunità di interessi vedi ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Karlsruhe 1949, § 300 e seg.; ivi il problema della mutua rappresentanza è tratteggiato senza approfondimento. Segnalo peraltro l'inciso: « Si applicano alla comunità semplice di interessi, con particolare riferimento alle misure comuni per la conservazione del valore... le norme fondamentali sulla comunione di diritti, in quanto ciò sia possibile ». Ove si ammetta per diritto italiano questo principio, ove si ammetta che il singolo comunista abbia il potere di promuovere misure cautelari e di compiere atti cautelari nell'interesse di tutti i comunisti (il che forse discenderebbe a fortiori dalla giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione, secondo cui ogni singolo comunista può rivendicare la cosa in solidum nei confronti del terzo che la possiede illegittimamente — cfr. sentenza 18 luglio 1953, n. 2374, ed altre anteriori conformi —), si potrebbe ammettere l'estensione di questa enunciazione alle comunità semplici di interessi. Di poi, dal riconoscimento di un potere solidale di compiere atti conservativi al riconoscimento di un mutuo potere di rappresentanza, il passo sarebbe breve.



affatto inesistente, e l'atto compiuto da chi si vanta titolare di un credito esistente sì, ma pertinente ad altri.

In base a quanto si esporrà sulla natura del potere surrogatorio (vedi oltre §§ 32, 33), sembra che l'atto surrogatorio debba considerarsi un atto di gestione sul solo patrimonio del debitore, e non già sul credito principale o sulla situazione di garanzia spettante al creditore (l'oggetto della garanzia potrà aumentare per una conseguenza, meramente meccanica, dell'aumento del patrimonio del debitore).

D'altronde, l'art. 2032 fa riferimento non già a chi creda di far valere un « rapporto » proprio ma, con termini più comprensivi, a chi crede di gestire « un affare » proprio. Si può dunque ammettere che il sedicente creditore, il quale proceda in via surrogatoria, conduca ad un tempo un affare del debitore, e (in quanto il rapporto di credito da lui vantato sussista e sia alieno) un affare del vero creditore; e che, rispetto alla sfera del debitore, egli assuma scientemente la gestione di un affare altrui; mentre, rispetto alla situazione di pegno generico, egli compirebbe la gestione con animo di condurre un affare proprio.

Così qualificato l'atto di gestione compiuto dallo pseudo-creditore, bisognerà chiarire se a tale gestione siano applicabili le norme di cui agli artt. 2028 e segg.

I requisiti per l'applicabilità degli artt. citt. sono numerosi; alcuni sono controversi, altri non sembrano (finora) sufficientemente indagati.

Innanzitutto, anche gli effetti della gestione di affari altrui, come gli effetti della ratifica, sembrano esclusi sul terreno processuale.

In secondo luogo, l'espressione « senza esservi obbligato », di cui all'art. 2028 cit., può lasciare aperte varie questioni: non solo perchè è dubbio se all'obbligo possa essere equiparata ogni *specifica* facoltizzazione derivante da negozio o da altra fattispecie, ma soprattutto perchè non è chiaro come reagisca la erronea credenza (di colui che procede alla gestione) che sus-

sista la fattispecie che dà luogo all'obbligo od alla specifica facoltizzazione.

Ulteriormente, data la equiparazione della ratifica di cui all'art. 2032 cit. al « mandato », non è chiaro se qui la ratifica si equipari ad un mandato con procura, o ad un mandato senza procura. Ove si accolga la seconda soluzione, non è chiaro come possa operare la ratifica dell'interessato su atti (come saranno, in genere, gli atti posti in essere in via surrogatoria) che, una volta condotti da un mandatario senza rappresentanza, non si prestano a produrre effetti capaci di cadere dapprima nella sfera del gestore, e di essere riversati in seguito nella sfera giuridica del dominus.

Finalmente (e qui sorge il problema più grave) non è chiaro quali, fra gli atti stragiudiziali di esercizio del diritto suscettibili di essere posti in essere in via surrogatoria (interruzione della prescrizione, riscatto, ecc.), debbano essere considerati « affari ».

Lasciando in sospeso la soluzione di questi numerosi quesiti (che debbono essere risolti sul terreno dei principii della negotiorum gestio, più che sul terreno del procedimento surrogatorio), si nota comunque che il rimedio della ratifica ex art. 2032 cod. civ. non sarà di grande ausilio nè al debitore, nè ai concreditori, nè (probabilmente) al vero creditore, i quali vogliano giovare del procedimento esperito dal falsus creditor, nelle sue molteplici possibili varianti (falsus creditor di buona fede come di mala fede, creditore interinale, creditore apparente, sedicente titolare di un credito obbiettivamente esistente o sedicente titolare di un credito obbiettivamente inesistente).

In definitiva, quel particolare presupposto del potere surrogatorio che si esprime con le parole « un credito intercorrente fra il soggetto che procede, ed il titolare del rapporto fatto valere » non ammette surrogati. La regola della sicurezza statica dei diritti soggettivi (che, nel nostro caso, protegge il terzo) prevale sulla regola della sicurezza dinamica degli atti giuri-



dici (che nel nostro caso, se fosse applicabile, proteggerebbe concreditori e debitore principale) (17).

Non deve essere considerato come una eccezione alla regola il fenomeno seguente: se il debitore, chiamato in giudizio dal falso creditore (o dal creditore condizionale) ai sensi dell'articolo 2900, 2° co., cod. civ., si costituisce in giudizio e si associa alla domanda giudiziale del falso creditore, l'effetto del giudicato si verificherà senza limitazione alcuna. In questo caso, la validità della sentenza sarà una conseguenza della

---

(17) Si può segnalare per completezza la possibilità di situazioni perplesse, in cui si deve dubitare se, ai fini che qui interessano, un credito esista o meno. Formulerò un esempio.

Un mediatore ha diritto che il venditore gli versi una percentuale del prezzo se questo verrà pagato dal compratore (tuttavia il titolo esclude qualsiasi obbligo, pel venditore, di attivarsi per far verificare la condizione).

Poichè il compratore non paga ed il venditore rimane inerte, il mediatore, nella sua qualità di creditore sub condicione del venditore, agisce in via surrogatoria contro il compratore chiedendone la condanna al pagamento, e preparandosi ad esperire (sempre ex persona venditoris) l'esecuzione forzata contro il compratore, per ottenere l'assegnazione della somma al venditore. Se la sua azione si deve intendere legittimamente proposta, egli riuscirà anche in un secondo scopo: far verificare la condizione sospensiva.

Formalmente, la procedura intentata dal mediatore sembra ineccepibile, purchè si ammetta che il potere surrogatorio può esercitarsi intorno a crediti verso il terzo, di capienza superiore al credito che il soggetto procedente intende vedere garantito (su ciò vedi oltre, § 24).

Però si sente abbastanza chiaramente che la concessione del potere surrogatorio al mediatore nel caso sopra esposto cozzerebbe contro una esigenza di giustizia, in quanto permetterà al mediatore di provocare il verificarsi della condizione solo in quanto sussista l'insolvibilità del venditore (se il venditore sarà solvibile, infatti, mancherà un presupposto del potere surrogatorio): nè si vede perchè, razionalmente, il creditore sub condicione debba uscire danneggiato dalla solvibilità del suo debitore.

Si può dunque concludere che il procedimento surrogatorio è precluso al creditore sub condicione, quando il verificarsi della condizione si presenti come effetto dello stesso procedimento esperito in via surrogatoria. Questo criterio collima perfettamente con una regola che si illustrerà in seguito (capitolo III), secondo cui il procedimento esperito dal creditore ex art. 2900 cod. civ. non può mai oberare di passività il debitore.

domanda del debitore, e non, dell'attività del falso creditore. Se il debitore, invece, rimarrà contumace, o, pur comparendo, non prenderà conclusioni, il giudicato non sarà efficace. Tutti gli ulteriori quesiti connessi con quello ora indicato risalgono a questo problema generale: supposto che un falso litisconsorte necessario, volendo far valere un certo diritto, chiami in giudizio, oltre all'avversario, i proprii (pretesi) litisconsorti veri titolari del diritto che egli intende far valere, quale sarà l'efficacia della sentenza emessa nella contumacia dei (pretesi) litisconsorti chiamati in giudizio? (Così, ad es., se il falso usufruttuario agisce in negatoria servitutis chiamando in giudizio il vero proprietario, questi rimanesse contumace, il giudice non rilevasse la carenza di titolo presso il falso usufruttuario, e ne respingesse la domanda per ragioni attinenti al merito).

Se poi si dovesse seguire quell'indirizzo giurisprudenziale (meritatamente criticato dalla dottrina), secondo cui la semplice notifica della sentenza al soggetto, in cui nome ha agito il falsus procurator, impone a tale soggetto l'onere di appellare se vuole impedire la formazione del giudicato (18), si potrebbe a fortiori ammettere che chiunque sia chiamato in giudizio da un (preteso) litisconsorte necessario è destinato (si costituisca o meno nel giudizio) a subire tutti gli effetti, favorevoli o svantaggiosi, del successivo giudicato. Si noti peraltro che questa soluzione latissima conferirebbe il potere di promuovere la formazione del giudicato non solo al creditore condizionale, ma anche a quello apparente ed al soggetto meramente iattante (anche in quest'ultimo caso, infatti, purchè il debitore sia stato chiamato in causa, il giudice, una volta rilevata la mancata legittimazione del falso creditore, dovrebbe giudicare sul rapporto fra debitore e terzo, considerando validamente costituito il giudizio fra gli stessi).

Però, una volta respinto il criterio giurisprudenziale ora segnalato, risulta confermato quanto detto prima: e cioè, che solo il vero creditore può procedere ex art. 2900.

---

(18) Vedi, tanto sull'indirizzo giurisprudenziale quanto sulla reazione della dottrina, ANDRIOLI, *Commento cit.*, I, p. 226.



Per le solite ragioni si deve ritenere, nonostante un'autorevole contraria opinione (19), che la semplice eventualità di un credito futuro non schiude mai l'uscio ad un potere surrogatorio, anche quando l'eventualità assuma il carattere della probabilità e della quasi certezza, e trovi la sua genesi nel parziale verificarsi della fattispecie costitutiva del credito (20).

---

(19) Vedi equiparato il credito eventuale al credito sotto condizione in Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 77 e sgg., ed ivi invocati in suffragio: l'art. 2852 cod. civ., che ammette la possibilità di costituzione di ipoteca per crediti semplicemente eventuali; l'art. 1365 cod. civ., che enuncerebbe (secondo l'aut. cit.) un principio generale applicabile in tema di fattispecie a formazione successiva; e l'art. 1953 cod. civ., da cui si argomenterebbe il favore del legislatore per le misure preventive destinate a tutelare il creditore eventuale.

Molti soggetti, tratteggiati dal Nicolò nel luogo cit. come creditori eventuali sono però creditori attuali: così il fideiussore nel casi in cui gli è concessa l'azione di rilievo, l'avallante che si trovi nelle stesse condizioni; e così (qualora si ammetta una interpretazione analogica dell'art. 1953 cit.) l'acquirente di immobile ipotecato, il debitore solidale che si appresta a pagare, ecc. Tutti questi soggetti saranno in grado di procedere in virtù dell'art. 2900 ex persona del debitore principale, o del coobbligato, quali creditori attuali, e non, quali creditori eventuali.

L'art. 1953 attribuisce precisamente al fideiussore un credito, e non una semplice misura cautelare. L'opinione contraria si imporrebbe solo se un connotato indispensabile del credito fosse dato dall'identità del titolare del rapporto con il destinatario economico della prestazione.

(20) Interferisce con il principio in esame la grave questione del credito di prestazione infungibile. In questa ipotesi, il creditore non potrà aumentare con l'esperimento del rimedio surrogatorio le probabilità di soddisfacimento dell'obbligazione primaria (di facere), nè le possibilità di esecuzione coattiva dell'obbligo *in forma specifica*. Il creditore si preoccuperà delle variazioni della garanzia generica solo in vista dell'esecuzione forzata (o dell'adempimento) dell'obbligo secondario (di risarcimento).

Il Nicolò (sub art. 2900 cit., p. 82) inquadra l'ipotesi ora formulata come una eventualità del sorgere del credito secondario, e giustifica così il potere surrogatorio del creditore (subordinato alle consuete condizioni: probabilità dell'inadempimento dell'obbligo primario e difficoltà di realizzarne coattivamente il contenuto in forma specifica). Resta peraltro da vedere se il debito secondario costituisca un rapporto nuovo rispetto all'obbligo primario: poichè, almeno ai fini della nascita e della permanenza delle garanzie, sembra che le due diverse figure costituiscano due fasi successive di un unico rapporto, e non, due rapporti distinti. Ammessa questa premessa, la concessione del rimedio sur-

Da quanto si è detto, risulta anche che il credito cosiddetto incerto non merita una trattazione speciale. La dottrina afferma esattamente che, se il credito di colui che procede in via surrogatoria è contestato, il suo diritto dovrà essere preliminarmente accertato secondo i comuni principii (21). La logica porterebbe all'accoglimento di una soluzione parallela nell'ipotesi di credito illiquido, che è, per definizione, certamente esistente, ma di cui è o incerto o indeterminato l'ammontare. Quando la illiquidità del credito renda incerta la sufficienza del patrimonio del debitore alla garanzia del credito, l'accertamento o la determinazione del quantum dovrà aver luogo in via preliminare, esattamente come deve accertarsi in via preliminare la sussistenza del diritto del sedicente creditore. A rigore, peraltro, il fenomeno dell'illiquidità rende incerto non già il requisito del credito ma quello del pregiudizio (su cui vedi oltre).

Di fronte al chiaro dettato dell'art. 2900, pare ovvio che al credito non possono equipararsi diritti assoluti. Ma talora si può dubitare se una certa situazione abbia natura di credito o meno.

Il problema sorge in una serie di casi, tra di loro analoghi, fra i quali sceglierò un solo esempio.

---

rogatorio al creditore si giustifica de plano, purchè, al solito, sussista il pericolo di insolvenza. La « probabilità dell'inadempimento dell'obbligo primario, e la difficoltà di realizzarne coattivamente il contenuto in forma specifica », invocati dal NICOLÒ come presupposti dell'azione surrogatoria del creditore di prestazione infungibile, non intervengono nella fattispecie come elementi equivalenti al rapporto di credito. Piuttosto essi sono validi coefficienti del pregiudizio del creditore (su cui vedi oltre).

(21) Per tutti NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 74 e seg. (però la giurisprudenza è più larga e si accontenta della prova non rigorosa: cfr. App. Torino 14 aprile 1936, in *Giur. tor.* 1936, n. 613).

Non sembra da condividere l'opinione, secondo cui il terzo non sarebbe ammesso a sollevare contestazioni in ordine al diritto del sedicente creditore.

L'eventuale riconoscimento del (presunto) debitore non può nuocere al terzo, sia perchè sarebbe *res inter alios acta*, sia perchè altrimenti si verrebbe ad ammettere una fonte atipica di potere surrogatorio (su ciò vedi ancora oltre, § 17).



Supponiamo che il possessore di un'eredità sia tenuto verso l'erede alla restituzione, e che, agevolato dalla sua qualità di erede apparente, abbia alienato a terzi di buona fede cose ereditarie; supponiamo inoltre che il negozio di trasferimento sia affetto da una invalidità relativa. Si domanda se l'erede vero possa esperire l'azione di annullamento, rescissione, ecc., spettante all'alienante (22).

In dottrina non manca qualche voce tendenzialmente favorevole alla soluzione affermativa (23).

Se il possessore dell'eredità è propriamente tenuto alla restituzione in base ad un rapporto obbligatorio (derivante, ad es., dall'illecito doloso o colposo concretantesi nell'illegittimo impossessamento dell'eredità), la soluzione positiva è senza dubbio ragionevole. Infatti, se egli è tenuto a ripristinare la situazione di fatto e diritto anteriore al suo illecito, il creditore (erede vero) potrà esercitare le azioni spettanti all'obbligato (possessore di cose ereditarie) contro i terzi, al fine di assicurare che sia soddisfatta la sua pretesa alla restituzione.

Però la soluzione ora accennata presuppone, come si è detto, lo specifico obbligo di ripristino, posto a carico del possessore di eredità. Tale obbligo non sussiste in difetto di una idonea fronte; per cui talora il possessore non avrà altro dovere che quello di rilasciare le cose ereditarie (ossia: non avrà altro dovere che quello di non protrarre l'ingerenza esplicita

---

(22) Ovviamente, se questa azione di annullamento non viene esperita, l'atto di disposizione del possessore di eredità, il quale sia altresì erede apparente, diverrà definitivo ai sensi dell'art. 534 cod. civ.

(23) Vedi ad es. MENGONI, *Acquisto* cit., p. 199, a proposito del proprietario di cosa mobile alienata a terzo di buona fede da un non dominus. Ivi non è chiarito se il non dominus debba considerarsi debitore del dominus, pel solo fatto di avere alienato.

GIORGIANNI, *Dichiarazione* cit., p. 146, esclude che l'erede vero sia creditore dell'erede apparente che ha compiuto l'atto di disposizione (e ne ricava la conclusione che l'azione per il prezzo, di cui all'art. 535, 2° co., ultima frase, non è un'azione surrogatoria. La conclusione è certamente esatta, e si giustifica pianamente osservando che la norma citata prevede un trasferimento legale di credito, e non, un procedimento avente ad oggetto diritti *tuttora* alieni).

nell'eredità); e tale dovere promana da un rapporto assoluto (24).

Se si potesse asserire che l'erede vero può chiedere all'ex possessore di eredità una cessione delle azioni spettanti contro i terzi (25), l'erede vero potrebbe esperire l'azione di annullamento in quanto titolare di un credito (facente carico al possessore di beni ereditari) avente ad oggetto la prestazione di cessione di azione. Ma, poichè la risposta al problema, se esista un dovere di cessione, è probabilmente negativa (26), si deve anche negare che l'erede vero sia creditore del pos-

---

(24) Il NICOLÒ (op. cit., p. 87) annovera tutte le pretese, dirette alla reintegrazione di un diritto assoluto, fra i crediti (o almeno, le equipara).

Si noti che (da quando si è diffusa la concezione dei diritti reali come fasci di pretese rivolte alla non ingerenza di ciascun consociato nei confronti della cosa) la struttura del singolo rapporto intercorrente fra il titolare attivo delle pretese, ed un dato terzo, è stata perfettamente assimilata alla struttura di un rapporto di credito (vedi la più rigorosa formulazione di questa identità in ALLARA, *Nozioni cit.*, cap. X).

Ma qui sussiste, prima che un problema di struttura, un problema di categorie legislative. Il « quisque » tenuto alla non ingerenza verso il proprietario non è certo, per la nostra legge, un debitore. Lo è forse quando abbia violato il diritto assoluto, e sia tenuto a desistere dal suo comportamento antiggiuridico? supposta la risposta negativa all'ultimo quesito, sorgerebbe l'ulteriore problema dell'applicazione per analogia dell'art. 2900 cod. civ. al caso in esame. Ma sarebbe ben strano se, nell'ipotesi di cui nel testo, il vero erede potesse agire in annullamento contro il terzo finchè l'erede apparente non ha operato il rilascio, e perdesse tale potere proprio al momento del rilascio, per effetto del venir meno dello specifico dovere di cessazione, facente capo all'erede apparente.

(25) Tale problema si sdoppia in più questioni: se il nostro diritto riconosca la cessione di azione (sul punto vedi REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1955, p. 74 e sgg.); come si possa fondare, tecnicamente, una pretesa dell'erede vero ad un comportamento *positivo* di cessione da parte dell'ex possessore di eredità (forse si potrebbe sostenere l'esistenza di questo dovere per analogia con l'obbligo di riversare al creditore il prezzo ricevuto, vedi art. 535, 2° co., 1ª frase); come si possa stabilire ed affermare che tale potere di agire per l'annullamento del negozio rientri nel novero dei « beni ereditari ».

(26) Soprattutto perchè non si può imporre al possessore di eredità come tale un dovere di collaborazione positiva con l'erede vero ai fini della restitutio.



sessore di eredità, e legittimato *a tale titolo* all'esercizio delle azioni spettanti al possessore per il recupero di beni ereditari.

Potrebbe infine sorgere un diverso e ulteriore problema: se si possa procedere in via surrogatoria per assicurare l'efficace tutela di un proprio potere semplice, o di un proprio diritto potestativo, diverso da un diritto soggettivo di credito. Si faccia l'esempio di chi abbia ricevuto anche nel proprio interesse (ai sensi dell'art. 1723 cod. civ.) il mandato con procura, perchè venda un fondo.

Supposto che il potere di rappresentanza non costituisca, nemmeno in questo caso, un diritto soggettivo (27), supposto inoltre che, dal mandato concluso anche nell'interesse del mandatario, non sorga un dovere giuridico di lealtà a carico del mandante, si ipotizzi il caso seguente: che il mandante alieni (mediante atto annullabile) il fondo ad un terzo, così pregiudicando la pratica utilità del potere del rappresentante. Si domanda se il mandatario possa impugnare l'atto chiedendone in via surrogatoria l'annullamento.

Un problema analogo potrebbe verificarsi ove lo specificatore volesse far rientrare la cosa specificata nel patrimonio dell'ex proprietario della materia prima (il quale abbia alienato la cosa già specificata ad un terzo, mediante atto annullabile), per esercitare nei suoi confronti il potere di acquistare la proprietà della cosa pagando il prezzo della materia ai sensi dell'art. 940 cod. civ.

Senza dare maggiore sviluppo al problema, si può osservare semplicemente che l'art. 2900 cit., dove enumera i presupposti del potere surrogatorio, parla soltanto del creditore, e non già di un generico titolare di potere (28).

---

(27) Costruisce il potere del rappresentante, concesso nell'interesse del rappresentante stesso, come un vero diritto soggettivo, SANTORO PASARELLI, *Dottrine cit.*, p. 190.

(28) Certamente, ove sul credito si innesti un potere od un diritto potestativo, il creditore potrà assicurare la funzionalità non solo del credito in sé, ma anche dei poteri accessori (ad es.: potere di scelta, ecc.: vedi oltre, § 15). Ciò dipende dal fatto che il creditore è facoltiz-

§ 14. - IL REQUISITO DELL'INERZIA.

Il requisito dell'inerzia colposa (o, addirittura, maliziosa) era pressochè pacifico sotto il codice del 1865, che pure non menzionava, nè direttamente nè indirettamente, tale elemento della fattispecie (1). Era evidente l'influsso esercitato sulla dottrina dal regolamento delle tradizionali azioni surrogatorie speciali del diritto francese (derivanti dall'azione revocatoria) (2), e dalla recente idea del procedimento surrogatorio come reazione ad un comportamento antiggiuridico. Peraltro, sempre per influsso della tradizione, il requisito dell'inerzia colpevole tendeva a svanire quando si trattasse di un'eccezione surrogatoria concorsuale, o di un'azione surrogatoria con finalità immediatamente esecutiva (3).

Con il nuovo codice, un appiglio a favore del requisito dell'inerzia colposa non mancherebbe, perchè l'espressione « trascurata » di esercitare, contenuta nell'art. 2900 cit., potrebbe im-

---

zato dall'art. 2900 cod. civ. ad assicurare non solo il proprio credito in senso stretto, ma, in generale, le proprie « ragioni ».

C'è quindi una disarmonia fra il presupposto soggettivo dell'atto surrogatorio (qualità di creditore) ed il presupposto oggettivo del medesimo atto (pericolo delle ragioni del creditore).

(1) Cfr. BORSARI, *Commentario* cit., sub art. 1166, col. 587; GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 269 (almeno quando si trattasse di azione surrogatoria con finalità conservativa); VENZI, nelle note a PACIFICI MAZZONI cit., p. 485 (con la stessa limitazione); D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., arg. ex p. 104 (dove si esclude il potere surrogatorio in un caso, in cui manca la colpa del debitore); CASTELLINI, *Azione surrogatoria* cit., p. 25 e sgg. Così anche la giurisprudenza (Cass. 7 luglio 1941, in *Dir. e prat. com.* 1941, II, 269; Cass. 11 dicembre 1939, n. 3265; App. Lecce 12 marzo 1936, in *Foro salentino* 1936, 67); a cui toccò talora reagire contro chi chiede addirittura il consilium fraudis (vedi Cass. Napoli 8 giugno 1917, in *Dir. e giurispr.* 1917, 489).

Contra CICU, *Obbligazione* cit., p. 97, ove si legge che l'imposizione del requisito della colpa « non è mai stato accolto dalla dottrina ».

(2) Ricorda ARGOU (*Institution* cit., II, IV, IX) che parlava di débiteur frauduleux; LOUET, nei passi commentati da BRODEAU, op. cit., R. 19, 20, 21, dove si parla di un « mauvais débiteur étant négligent d'exercer ses actions »; LEBRUN, *Traité* cit., II, II, II, n. 42, dove si legge che il rifiuto del debitore « passe pour una fraude manifeste ».

(3) GIORGI e VENZI, locc. ultimi cit.



plicare un riferimento alla negligenza, più che alla semplice omissione come fatto obbiettivo. Tuttavia, la dottrina più moderna si è indirizzata nel senso che segue.

Fra i presupposti del potere di procedere in via surrogatoria, si suole menzionare l'inerzia del debitore, ossia la sua astensione dall'esercizio del diritto di cui si tratta (4). Talora viene equiparata all'inerzia (o viene fatto rientrare nell'inerzia) l'esercizio incompleto o negligente del diritto (5).

Per lo più, si nega invece che tale inerzia debba essere colpevole (6).

L'orientamento della dottrina attuale sul punto della colpa del debitore merita di essere approvato, quanto meno per la ragione seguente: che non sarebbe giusto far dipendere la tutela che l'art. 2900 ha voluto assicurare al creditore dalla circostanza, assolutamente accidentale, che l'inerzia del debitore sia o meno colpevole. Poichè, inoltre, il debitore trae dall'attività del creditore un evidente vantaggio, sarebbe irrazionale una norma, che proteggesse in misura maggiore il debitore colpevole, che non quello impossibilitato per forza maggiore ad interrompere una prescrizione, esperire un giudizio, sollevare un'eccezione, e così via.

---

(4) CICU, *Obbligazione* cit., p. 97; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 152 e sgg.; GIOIA, *Azione surrogatoria* cit., p. 63 e sgg. Aggiungi GIORGIANNI, *Dichiarazione* cit., p. 146 (per incidenza).

(5) BARASSI, *Teoria obbligazioni* cit., III, p. 981; MESSINEO, *Manuale* cit., § 108; MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 4, e ivi nota 29.

In questo secondo senso, anche la Cassazione (sent. 16 marzo 1953, n. 641, vedi in *Mon. Trib.* 1953, p. 178).

Si può ricordare che, secondo la Relazione del Guardasigilli, la parola « trascura » dell'art. 2900 fu preferita al termine tradizionale di « inerzia » proprio per comprendere anche quella mancanza di diligenza necessaria, che non sconfini nell'inattività vera e propria.

(6) CICU e NICOLÒ, luoghi citt. Tuttavia il CICU (App. al capo II, § 2) sembra pensare che la formulazione dell'art. 2900 possa dare adito a qualche dubbio. Il NICOLÒ, a sua volta, introduce la speciale rilevanza della « inerzia giustificata », che ripropone a sua volta il problema se l'inerzia normale sia quella « ingiustificata » (vedi op. cit., p. 153).

Si richiede tuttora l'inazione « maliziosa o negligente » in DE RUGIERO MAROI, *Istituzioni* cit., II, p. 522.

Anche l'elemento sistematico milita a favore della soluzione qui accolta, poichè gli atti cautelari non sono di norma subordinati ad una colpa del debitore.

Nè si dica che la rilevanza della colpa del debitore inerte si impone per analogia con il regolamento dell'azione pauliana.

Invero, l'azione pauliana non esercitata in sede concorsuale giova al solo creditore che la esercita, mentre l'azione surrogatoria giova anche ai concreditori. L'oggetto dello stato intellettuale che la legge richiede perchè il creditore possa procedere in via revocatoria risente di questa specifica funzione dell'azione pauliana, per cui verrà in considerazione la conoscenza « del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni *del creditore* » (ossia: del dato creditore che procede); in altre parole, la natura fraudolenta dell'atto dipende non già dalla generica scienza di compiere un atto di cattiva gestione, ma dalla specifica scienza di danneggiare quel dato o quei dati creditori.

Supposta la necessità della colpa ai fini dell'esperibilità dell'azione surrogatoria, come dovrebbe configurarsi tale colpa?

Se si richiedesse una colpa sussistente nei confronti del dato creditore, allora essa potrebbe anche sussistere nei confronti di un numero limitato di creditori; cosicchè poi non si spiegherebbe perchè gli altri creditori, i quali non potrebbero mai esperire l'azione surrogatoria, possano invece approfittarne quando altri l'abbia esperita.

Se invece la colpa del debitore inerte non dovesse dirigersi *nei confronti di un creditore dato*, ma fosse un semplice « aver potuto agire e non aver agito », allora qualsiasi parallelo con i presupposti dell'azione revocatoria verrebbe a mancare.

Si aggiunga che l'azione revocatoria presuppone la concreta scienza (e non, la semplice conoscibilità) del pregiudizio. Ogni assonanza fra i due istituti sfocerebbe in una evidente disparità quando in tema di surrogazione si chiedesse invece la colpa.

Soprattutto, poi, si deve osservare che l'inerzia del debitore produce una perdita netta del debitore ed un acquisto



netto per il terzo. Se un'analogia dovesse correre fra i presupposti della surrogatoria, e quelli della revocatoria, questa analogia dovrebbe prendere come punto di partenza il trattamento legale degli atti a titolo gratuito. Orbene, nell'ambito degli atti a titolo gratuito, taluni sono revocabili indipendentemente dallo stato subbiiettivo del debitore (art. 192 cod. pen.; soprattutto, art. 64 legge fallim.).

La teoria della inerzia colposa, oggi giustamente abbandonata dalla dottrina, ha peraltro lasciato tracce in alcune applicazioni ammesse dagli autori. Ad es. si è insegnato, anche da chi non suole insistere sul requisito della colpa, che non si può esercitare in via surrogatoria un diritto del fallito, in quanto l'inerzia del fallito non sarebbe colpevole (7).

Così si vorrebbe fare un trattamento speciale alla « inerzia giustificata », e si è perciò detto che la stessa preclude al creditore l'azione contro il debitore per il rimborso delle spese incontrate nel procedimento esperito contro il terzo (8). Questa distinzione presuppone come dimostrato questo diritto al rimborso, spettante al creditore procedente. Ma, come si vedrà a suo tempo, il creditore agisce a proprie spese, salvi i comuni effetti dell'arricchimento di un soggetto, avvenuto a spese di altri.

Infine, si insegna che non costituisce inerzia il mancato esercizio del potere di costituire un diritto di garanzia speciale sul patrimonio di un terzo ampiamente solvibile (9). Se l'inerzia si concepisse in modo propriamente obbiettivo, si direbbe che in un caso simile manca il pericolo nell'ulteriore

---

(7) Vedi ad es. D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 104. Anche il NICOLÒ abbraccia questa conclusione, però aggiungendo alla motivazione comune un argomento nuovo, basato sulla asserita legittimazione esclusiva del curatore (sub art. 2900 cit., p. 152 e p. 158). Sulla questione cfr. oltre, § 16.

Anche in Francia si fa un certo credito della teoria secondo cui i diritti del fallito non possono farsi valere in via surrogatoria (per tutti Bosc, *Étude* cit., p. 156 e seg.).

(8) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 153.

(9) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 124.

ritardo e non, che manca l'inerzia. E' chiaro che l'insegnamento citato accoglie qui un concetto di inerzia, influenzato dal riferimento al criterio della amministrazione del bonus paterfamilias.

Venendo al contenuto della « trascuranza » di cui all'articolo 2900, è lecito abolire la sottodistinzione fra inerzia vera e propria ed esercizio insufficiente o negligente del diritto. Con riferimento ad un determinato diritto, se ne può certo immaginare un esercizio più o meno negligente. Esempi in tal senso saranno dati dall'esercizio iniziato e non proseguito (es.: citazione non seguita dalla proposizione degli ulteriori atti del giudizio), o dall'esercizio che si concreta nell'atto comparativamente meno efficace (ad es.: nella semplice costituzione in mora dell'obbligato, là dove lo si può perseguire fino al pagamento). Però ogni singolo atto di esercizio, se considerato a sè stante, non può che essere effettuato, od omesso: non esiste una gerarchia di diligenza nel compimento di un singolo atto di esercizio di un diritto o di un'azione (10).

Pertanto, se si prende come punto di riferimento, anzichè il generico esercizio di un dato diritto, un singolo atto di esercizio di un certo diritto, trascuranza ed inerzia, concettualmente, coincidono (11). Si può dire, se mai, che il riferimento alla trascuranza sta a delimitare le modalità cronologiche dell'inerzia, per significare che il creditore non è obbligato ad attendere che il termine di prescrizione o di decadenza del diritto o dell'azione sia prossimo, o che un altro avvenimento destinato a provocare la perdita del diritto o dell'azione sia imminente.

---

(10) La negligenza può sussistere solo in relazione con il modo di esercizio (ad es.: il titolare del diritto si difende in giudizio con cattive argomentazioni); ma questa forma di negligenza non interessa l'art. 2900 che considera insindacabile l'apprezzamento del debitore sul modo dell'esercizio (vedi Cass. 24 settembre 1953, n. 3043; la dottrina è conforme).

(11) Questo spiega perchè parte della dottrina parli, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, di inerzia, invece di usare il termine codicistico di trascuranza (vedi retro nota 1).



Anche con questo chiarimento, resta il fatto che la dottrina, quando deve definire gli elementi costitutivi dell'inerzia ed i suoi caratteri qualificativi, confessa esplicitamente il proprio imbarazzo (12), o sposta il problema (13), o, in qualche caso, ricorre a giochi di parole (14).

Peraltro due idee possono essere fissate senza eccessivi dubbi.

In primo luogo, un'inerzia darà luogo al potere surrogatorio, anche se protrattasi per brevissimo tempo, purchè il suo ulteriore protrarsi minacci di essere pregiudizievole.

Si immagini infatti che il debitore, nell'atto stesso in cui acquista un diritto verso un terzo, faccia sapere che non intende esercitarlo. Non c'è ragione di subordinare l'esercizio di tale rapporto da parte del creditore alla maturazione di un congruo periodo di inerzia.

Si pensi inoltre all'ipotesi in cui, all'udienza fissata per l'assegnazione di una somma ricavata da un esproprio forzato, siano presenti due creditori, di cui il primo sia munito di titolo affetto da vizio: è chiaro che il debitore ha diritto a sollevare tutte le eccezioni del caso; ma è altrettanto chiaro che, se egli non le solleva, il secondo creditore non può concedersi il lusso di attendere che l'inerzia del debitore perduri:

---

(12) MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 4.

(13) In due modi: rinviando all'apprezzamento del giudice (DEMOGUE, *Traité* cit., II, p. 341, e LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 393), quasi che il giudice a sua volta non debba applicare la norma; o affermando che l'inerzia si perfeziona quando sorge il potere surrogatorio (questo è il succo che si può ricavare da NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 153: «Basta che l'inattività del titolare sia tale, o per il periodo di tempo per il quale si è protratto o per le condizioni personali del titolare — lontananza, ecc. — o per altri motivi, da giustificare la sostituzione del creditore e da non fare apparire questa come una illegittima o intempestiva interferenza nella sfera del debitore»).

(14) Il MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 4, svolge il concetto legale di trascuranza nel concetto di inerzia. Dovendo poi definire l'inerzia, ne mette in rilievo i seguenti requisiti: «che il debitore sia titolare di un diritto o di un'azione; che trascuri di esercitarla».

Al GROIA dobbiamo l'osservazione che non si ha la trascuratezza di cui dell'art. 2900 là dove il debitore ometta l'esercizio di un diritto per il fatto che lo stesso diritto è estinto (*Azione surrogatoria* cit., p. 64).

ogni indugio comprometterebbe irreparabilmente la posizione di questo secondo creditore.

A conforto di quanto detto si osservi che, se l'inerzia trascorsa ha già arrecato danni (decadenze, prescrizioni, alienazione del bene a terzo di buona fede), il creditore non vi può rimediare. Egli può prevenire soltanto i danni ipotetici, che verrebbero cagionati da un'eventuale inerzia futura.

L'elemento discretivo non sta dunque nella gravità o nella durata dell'inerzia; essa sta nel pericolo che il ritardo può cagionare al creditore.

In secondo luogo, nessuna inerzia, per quanto prolungata, può dispensare dall'ulteriore requisito del pregiudizio (su cui vedi il § seg.).

La trascuratezza dell'art. 2900 può dunque definirsi, in prima approssimazione, così: quella astensione la quale, se protratta, sarebbe pericolosa per il creditore.

Se questa considerazione è esatta, il requisito dell'inerzia si scompone in due elementi, che possono così formularsi:

a) la circostanza che il debitore non ha per il passato compiuto un certo atto di esercizio del suo diritto;

b) la circostanza che il mancato esercizio, se protratto per il futuro, può pregiudicare il creditore.

E' evidente che l'elemento sub a) è indice di un generico principio di prevenzione, che potrebbe anche esprimersi, con formula negativa nel modo seguente: il creditore non può compiere dati atti di esercizio, se questi sono già stati posti in essere dal debitore. A sua volta questo principio non può essere valido là, dove la reiterazione degli atti compiuti dal debitore sia necessaria per scongiurare un nuovo pregiudizio del creditore. Se queste sono le premesse, il motivo per cui il creditore non può efficacemente operare in via surrogatoria quando il debitore ha già operato nella stessa direzione va ricercato non tanto nel difetto del requisito dell'inerzia, quanto nel difetto dell'ulteriore requisito del pericolo.

In definitiva, la « trascuranza » dell'art. 2900 deve essere messa in relazione con il mero principio della prevenzione: e deve poi ridursi al criterio obbiettivo secondo cui, quando un



atto proveniente dal debitore è perfetto operante ed efficace, la sua reintegrazione da parte del creditore è o non è ammissibile, a seconda che possa apportare conseguenze nuove, capaci di scongiurare un pericolo.

Ne segue che, dei due elementi sopra ricordati sub a) e sub b), il primo può essere eliminato, perchè difetta di qualsiasi consistenza autonoma; il secondo deve invece essere tenuto in considerazione, ma viene ad identificarsi con un aspetto del requisito del pericolo, che la dottrina ha messo in evidenza come autonomo presupposto del potere surrogatorio. In sostanza, il creditore potrà agire tutte le volte che ciò sia necessario per evitare un pericolo; l'oggetto di questo pericolo non è l'insolvenza qualsiasi, ma l'insolvenza che sta per essere cagionata da una futura omissione.

Il comportamento omissivo e trascurato del debitore, o, più ancora, il suo rifiuto di agire, o l'impossibilità in cui egli si trovi, di procedere contro il terzo, servirà solo a rivelare od a determinare il pericolo, e quindi la necessità dell'iniziativa del creditore.

Quanto si è detto non è inconciliabile nè con la legge, nè con la tradizione, nè con la dottrina comune. Nella interpretazione qui accolta, il requisito della trascuranza non viene eliminato, ma viene semplicemente ridotto ad un elemento dell'ulteriore requisito del pericolo.

Quanto alla dottrina, essa si lega rigidamente alla necessità dell'inerzia solo nelle formulazioni generali. Quando poi scende al concreto, non configura l'inerzia come elemento costitutivo della fattispecie, ma rappresenta invece il comportamento attivo del debitore come un elemento impeditivo della fattispecie stessa (15), per cui riduce il principio dell'inerzia al principio della prevenzione. Inoltre, tende ad ammettere che in taluni casi la gravità del pregiudizio funga come elemento sostitutivo dell'inerzia (16), e completa il quadro con l'affer-

(15) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 166.

(16) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 61, a proposito dell'azione di revindica concessa al creditore pignoratizio. Vedi espresso lo stesso concetto, in forma generale, in App. Milano 25 maggio 1935 (*Foro Lomb.*

mazione che, almeno nell'ambito dell'esercizio stragiudiziale del potere surrogatorio, « il controllo ex post sulla esigenza di quel requisito... è di regola superato dal fatto stesso che l'atto conservativo è stato compiuto, e che il titolare non può avere normalmente un interesse apprezzabile a respingerne gli effetti » (17).

A ciò si aggiunga che la equiparazione fra inerzia e rifiuto di agire è saldamente radicata nella tradizione (18), e merita di essere mantenuta.

Abbiamo infine un caso, regolato espressamente dalla legge, in cui un creditore, legittimato in via surrogatoria, è dispensato dall'attendere la maturazione dell'inazione del debitore principale: si tratta dell'ipotesi prevista dall'art. 102 legge fallim., in cui tanto il curatore quanto ogni creditore può proporre la domanda di revocazione del decreto del giudice delegato.

#### § 15. - IL PERICOLO (1).

Il legislatore non dice se, e in quale misura, debba sussistere l'attuale o potenziale insolvibilità del debitore.

---

1935, 195): « L'azione surrogatoria può essere proposta quando il creditore dimostri di avere inutilmente sperimentata l'azione contro il debitore diretto, e che questo sia in stato di insolvenza oppure si sia reso negligente ed inerte nell'esercizio del suo diritto contro chi a sua volta è debitore di lui ».

(17) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 153.

(18) A parte la dottrina francese, che è in questo senso, vedi App. Casale 28 aprile 1882, in *Giur. Casale* 1882, 193.

(1) Com'è noto, in luogo del termine pericolo si vede spesso usata l'espressione pregiudizio, tratta dal vicino art. 2901 cod. civ. La parola pregiudizio si può attagliare ad un concetto di danno (vedi art. 428 cod. civ.) come ad un concetto di semplice pericolo (come nell'art. 2901 cod. civ.), ed è utilizzata, per lo più, per indicare la conseguenza di un fatto dell'uomo (cfr. artt. 428, 2901 cit., oltre agli artt. 7, 10, 949, ecc. cod. civ.).

Nel nostro caso, la situazione a cui reagisce il creditore consiste sempre nel pericolo che si determini o si perpetui a danno del patrimonio del debitore una perdita od un mancato guadagno. La legge concede al creditore un'arma non già per reagire contro una perdita



La dottrina e soprattutto la giurisprudenza colmano la lacuna, ed affermano che solo il concreto pericolo che il creditore perda la garanzia della propria ragione giustifica l'iniziativa assunta dal creditore in via surrogatoria (2).

Si suole aggiungere che « il pericolo di perdere la garan-

verificatasi (di per sè, una perdita nel patrimonio del debitore non fa sorgere il potere surrogatorio), ma per sopperire all'eventualità che un'inerzia futura cagioni perdite nuove o consolidi perdite precedenti tali da determinare od aggravare l'insolvenza. Il procedimento surrogatorio previene dunque l'eventualità di un danno futuro, ossia reagisce ad uno stato di pericolo.

(2) Per tutti, NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 71 (che fa del pericolo il requisito fondamentale della fattispecie), MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 4 (che sposta però il centro di gravità verso l'inerzia del debitore). L'insegnamento era questo anche sotto il codice abrogato (GIORGI, VENZI e DEMOGUE, conforme alle esigenze del loro sistema, non chiedevano l'estremo del pericolo per l'esperimento dell'azione surrogatoria con finalità esecutiva).

La giurisprudenza ha un compito più delicato, perchè di volta in volta deve precisare quali siano i sintomi del pericolo. Si va dal criterio più rigoroso, secondo cui occorre la previa escussione dei beni presenti nel patrimonio del debitore (il che presupporrebbe però un titolo esecutivo nelle mani del creditore, senza cui nessuna escussione è possibile; per questo criterio vedi Trib. Firenze 14 giugno 1864, in *Rep. gen. giur. it.* 1860-1869, voce surrogazione; contra, Cass. 15 luglio 1932, n. 2784, e App. Genova 26 ottobre 1934, in *Temi gen.* 1934, 871), al criterio secondo cui occorre la generica insolvenza (App. Trieste 16 dicembre 1930, in *Foro Venezia* 1931, 292), o il difetto assoluto di altri modi di soddisfacimento (Trib. Palermo 29 maggio 1908, vedi mass. in *Rep. foro it.*, col 344; contra App. Bari 28 giugno 1929, in *Corte Bari* 1929, 388, mass.), al criterio secondo cui basta il pericolo di insoddisfacimento, come dato potenziale (App. Bari 16 marzo 1934, vedi mass. in *Rep. foro it.*, c. 425; Trib. Torino 19 giugno 1936, in *Giur. tor.* 1937, c. 221; App. Torino 6 novembre 1936, in *Foro it.* 1937, I, 492; Trib. Enna 28 marzo 1939, in *Rass. nissena* 1939, 158; App. Torino 12 giugno 1942, in *Foro it.* 1943, I, 418; App. Genova 30 giugno 1952, mass. in *Temi gen.* 1952, 336).

Talora, la giurisprudenza svaluta il requisito in esame elevando la sufficienza del patrimonio del debitore a fatto impeditivo della fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio (Cass. 28 febbraio 1939, n. 692; contra, Cass. 14 aprile 1947, n. 547); qualche sentenza arriva a negare la necessità del pericolo riducendo tutta la fattispecie all'inerzia del debitore (App. Milano 5 maggio 1942, mass. in *Temi lomb.* 1942, 149), od ammettendo la reciproca fungibilità del pericolo e dell'inerzia (App. Milano 25 maggio 1935, mass. in *Foro lomb.* 1935, 195).

zia del credito costituisce sempre l'elemento centrale *che fa sorgere l'interesse del creditore* » (3).

Questa coppia di affermazioni merita di essere riveduta.

In primo luogo, il pericolo consiste non sempre nell'eventualità di una « perdita delle garanzie », ma anche nel rischio che non avvenga un aumento delle garanzie stesse (4).

Perciò si dovrebbe parlare di un generico pericolo di insolvenza del debitore, e non già, di uno specifico pericolo di perdita delle garanzie su cui può contare il creditore.

In secondo luogo, non sussiste un nesso stretto fra il pericolo pel creditore, quale elemento della fattispecie qui considerata, e l'interesse del creditore.

Il creditore ha interesse ad aumentare illimitatamente le proprie garanzie; tale interesse sussiste anche al di là dei limiti del pericolo serio, spingendosi fino alla prevenzione di quel pericolo soltanto ipotetico, improbabilissimo, ed evanescente, che è insito anche nell'impoverimento o nel mancato arricchimento del più ricco e solvibile fra i debitori.

Ciò è tanto vero, che taluni poteri cautelari sono attribuiti dalla legge al creditore, indipendentemente dal concreto stato di pericolo (ad es.: il potere di effettuare la separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede). Così, quando sia minacciata la coesistenza della cosa, su cui grava un pegno od un'ipoteca, il creditore, nel limite in cui la legge gli concede un'azione, la può intentare senza che il convenuto possa dare la prova che il valore residuo è sufficiente a cautelare il creditore (5).

---

(3) Vedi questa formulazione, letteralmente, in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 71, e, ad sensum, in MESSINEO, *Manuale cit.*, § 108, p. 146. Contro questo legame fra interesse e pericolo, vedi CICU, *Obbligazione cit.*, p. 97.

(4) Con il mezzo surrogatorio non si pongono in essere soltanto fatti impeditivi di perdite di diritti, ma anche fatti acquisitivi di diritti, o fatti muniti di effetto retroattivo, idonei ad eliminare perdite perfezionatesi in precedenza.

(5) Il NICOLÒ spiega l'azione del creditore pignoratizio, di cui all'art. 2789 cod. civ., invocando una (pretesa) maggiore intensità del danno derivante al creditore dalla violazione operata dal terzo (sub articolo 2900 cit., p. 61). Tale spiegazione è fondata solo se per danno si



Ora, se, com'è pacifico, il creditore ha in questi casi un concreto potere di azione, è ovvio che egli ha pure un interesse all'azione, e che tale suo interesse è stato riconosciuto, e favorevolmente valutato, dal legislatore.

Bisognerà dunque affermare che il creditore ha *sempre* interesse ad aumentare l'oggetto della garanzia generica, e ad esperire le azioni spettanti al suo debitore contro il terzo; che questo suo interesse generico non costituisce uno specifico requisito autonomo della fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio, poichè si presenta come elemento indefettibile di tutti i diritti soggettivi, poteri, e di ogni altra situazione giuridica favorevole; che, nell'ambito dei casi in cui questo

---

intende anche l'impedimento dell'attuazione di quella garanzia che forma il contenuto del pegno: ossia, se si ammette che costituisca danno, di per sè, la violazione del diritto del creditore. Ma, ragionando così, si incappa in un circolo vizioso. Se il danno si fa coincidere concettualmente con la violazione di un diritto, esso non avrà nulla a vedere col pericolo di cui all'art. 2900, che è invece un elemento di mero fatto (un requisito della fattispecie).

Se in tema di pegno si parla del danno come violazione di diritto, e in tema di azione surrogatoria si parla di pericolo come elemento della fattispecie, le due figure di pregiudizio non stanno sullo stesso piano.

Perciò si dirà che, in materia di ipoteca, è sufficiente, per reagire alle violazioni (oltre al generico interesse di cui all'art. 100 cod. proc. civ.), il pericolo della diminuzione anche lievissima del valore *della garanzia* (art. 2813 cod. civ.). In materia di pegno, si richiede l'interesse dell'art. 100, e l'ingerenza del terzo sulla cosa, essendo superfluo qualsiasi pericolo di danno. In materia di potere surrogatorio, si richiede l'interesse dell'art. 100, e il pericolo *dell'insolvenza* (non basta il pericolo generico di una diminuzione dell'oggetto della garanzia generica). Perciò, l'azione dell'art. 2789 presuppone la semplice ingerenza del terzo sulla cosa, l'art. 2813 presuppone il pericolo di una *qualsiasi* diminuzione della garanzia, e l'art. 2900 presuppone una diminuzione di valore (dell'oggetto della garanzia generica) *tale da trascinare con sè il pericolo dell'insolvenza*.

Si noti del resto che NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 63, attribuisce al potere di cui all'art. 2939 cod. civ. (potere del creditore, di far valere la prescrizione maturata a favore del debitore) natura surrogatoria. Egli dà atto, nel contempo, che ivi si prescinde dal requisito del danno: eppure è chiaro che il creditore ha interesse ad opporre la prescrizione.

interesse sussiste, il legislatore tutela il creditore solo quando intervenga il requisito ulteriore del ragionevole pericolo che perduri l'insolvenza attuale del debitore, o che si determini una insolvenza futura (6).

Se il requisito del pericolo non deriva da quello dell'interesse, resta da chiarire in base a quale norma lo si introduca nella fattispecie.

Premetto che non mi sembra opportuno il richiamo analogico con altri rimedii cautelari; l'azione revocatoria colpisce il terzo con una durezza particolare, e il sequestro conservativo, a sua volta, sacrifica in modo radicale il potere di disposizione del debitore; perciò la concessione della revoca o del sequestro potrebbero essere subordinati a requisiti più numerosi di quanto non avvenga per la concessione del potere surrogatorio (7).

Lo spunto testuale, decisivo ai fini di cui si tratta, è rap-

---

(6) La teoria dell'interesse come requisito equivalente al pericolo, sebbene infondata per le ragioni dette sopra, ha reso preziosi servigi sotto il codice francese e sotto il codice italiano abrogato. Poichè il legislatore non precisava il contenuto della fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio, la dottrina e la pratica cercarono di costruirne la fisionomia dando un particolare rilievo ed una notevole specificità all'interesse del creditore. Del resto, gli interpreti presero le mosse dall'interesse anche per tipizzare le qualità (certezza, esigibilità, liquidità) del creditore, e per imporre il requisito dell'inerzia del debitore.

Naturalmente, se il legislatore napoleonico non si curò di delineare i connotati della fattispecie di cui si tratta, ciò prova ancora una volta che l'art. 1166 non voleva attribuire al creditore uno specifico potere, ma voleva solo sancire la soggezione dei diritti e delle azioni all'esproprio.

Si noti ancora che il largo ricorso allo schema dell'interesse divenne comune negli autori francesi ben prima che la dottrina germanica mettesse in evidenza il nesso che intercorre in genere fra interesse e diritto. Si è visto a suo tempo, del resto, come lo stesso SALGADO ponesse l'interesse dei creditori a cardine del fondamento del loro potere surrogatorio.

(7) Per le ragioni dette sopra, l'analogia potrebbe invece operare (quando ne sussistessero i requisiti) nel senso opposto: tendenzialmente, il requisito del pericolo non può ritenersi più rigoroso ai fini dell'azione surrogatoria, di quanto non lo sia ai fini dell'azione revocatoria o del sequestro conservativo.



presentato da un inciso, contenuto nell'art. 2900 cit.; ivi si legge che il creditore può esercitare i diritti del debitore « ... per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni... ». Si asserisce comunemente che tale espressione vale a codificare la cosiddetta « funzione » (conservativa, o esecutiva, o mista) dell'azione surrogatoria (8); e, in sede di semplice ricostruzione della concreta volontà dei redattori del codice, questa affermazione è del tutto plausibile. Ma, checchè sia della funzione conservativa o esecutiva che l'art. 2900 ha voluto imprimere al procedimento surrogatorio, resta il fatto che uno specifico fine di « assicurazione del soddisfacimento o della conservazione » delle ragioni è esplicitamente richiesto dal legislatore perchè sorga il potere di cui si tratta. Se questo fine di assicurazione dovesse costituire il semplice mero soggettivo del creditore che pretende di procedere ex art. 2900 cod. civ., non sarebbe necessario dirlo in un apposito testo legislativo. La legge esige un fine — diciamo così — oggettivizzato, ossia una obbiettiva idoneità dell'atto surrogatorio ad « assicurare il soddisfacimento o la conservazione delle ragioni » del creditore; o, in altre parole (meno asimmetriche di quelle legali) (9), una obbiettiva idoneità dell'atto posto in essere in via surrogatoria, a rendere più probabile (attraverso al mantenimento delle garanzie presenti o l'acquisto di garanzie nuove) una capienza patrimoniale che sarebbe altrimenti improbabile (10).

Per questa via si può agevolmente sostenere e dimostrare

---

(8) BARASSI, *Obbligazioni* cit., III, p. 982; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 8, 16; MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 4.

(9) Soddisfacimento e conservazione non stanno sullo stesso piano: ciò che si soddisfa è il credito, mentre ciò che si conserva è la garanzia. Credito e garanzia sono entità troppo eterogenee per confonderle nell'espressione « ragioni », contenuta nell'art. 2900.

(10) Cfr. NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 70.

Secondo il cod. civ. abrogato, questo requisito poteva essere richiesto solo ai sensi di un'equità affatto svincolata dalla legge (la dottrina francese lo ammette senza esitazioni, in ordine all'art. 1166 code Nap.).

la sussistenza del requisito del pericolo alla stregua della nostra legge (11).

Si noti che, secondo l'interpretazione ora esposta, il presupposto del potere surrogatorio è meno rigoroso del corrispondente presupposto stabilito dalla legge per l'esperimento della revocatoria (12) o per la concessione del sequestro conservativo (13).

Fin qui, com'è evidente, il requisito del pericolo è stato esaminato dal punto di vista quantitativo: ma i problemi più gravi sorgono quando si voglia accertare se, e fino a che punto, il creditore possa invocare, per agire in via surrogatoria, il pericolo che le garanzie apprestate dal debitore (pur essendo *quantitativamente* sufficienti) non siano *qualitativamente* quelle che egli può ragionevolmente desiderare.

Gli esempi da farsi in questa direzione sono svariatisimi, e non è detto che la ratio decidendi, valida per uno di essi, lo sia anche per tutti gli altri casi. Ecco di seguito una

---

(11) Ho ritenuto del tutto superfluo ricordare nel testo che i limiti quantitativi della capienza non coincidono necessariamente con l'ammontare del credito. Il creditore procedente ha diritto di tenere conto di ogni altra passività presente nel patrimonio del debitore, e, conseguentemente, di perseguire la formazione o il mantenimento di una garanzia tale da assicurare il soddisfacimento di tutte le passività esistenti (vedi illustrato questo concetto, con estrema chiarezza, in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 69).

Peraltro, non è errato dire che il requisito dell'idoneità dell'atto a sventare il pericolo pone altresì un limite all'ambito del potere surrogatorio, oltrechè un aumento degli elementi della fattispecie (su questi problemi vedi anche il § 24).

(12) Per cui è richiesto il concreto pregiudizio, e non, la semplice eventualità di una futura insufficienza della garanzia, che può dipendere anche da un mancato acquisto.

(13) Per cui è richiesto il fondato timore di *perdita* di garanzia, e non la semplice eventualità di *insufficienza* della garanzia stessa.

Si giustifica così pienamente la corrente affermazione della migliore dottrina, secondo cui l'apprezzamento sulla sussistenza del requisito del pericolo « va fatto con una certa larghezza e comunque con minore rigore di quanto sia prudenzialmente necessario fare per l'accoglimento della revocatoria o per la concessione del sequestro conservativo ». (Così NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 71, però sulla base di una libera valutazione degli interessi in gioco).



serie di ipotesi, parte delle quali già formulate dalla dottrina.

Taluno ha il diritto che il debitore gli trasferisca la proprietà di una cosa determinata. Il debitore, viceversa, aliena la cosa ad un terzo, ma l'atto di alienazione è affetto da un vizio. Si domanda se il creditore possa agire contro il terzo per impugnare ex persona debitoris l'alienazione, nonostante la larga solvibilità del debitore (14).

Supponendo che la risposta debba essere positiva, immaginiamo ora che lo stesso soggetto abbia un credito alternativo, in cui siano dedotte due prestazioni consistenti nella dazione di due cose certe e determinate; delle quali cose il debitore ha perduto il possesso. Il creditore potrà agire in via surrogatoria per la revindica di entrambe, o dovrà invece rivendicarne una sola?

Il creditore, tale in virtù di una obbligazione solidale passiva, ha davanti a sé alcuni debitori pienamente solvibili ed altri di dubbia solvibilità. Può agire per aumentare il patrimonio di un coobbligato meno solvibile, in quanto desideri escuterlo a preferenza degli altri? E inoltre (si noti che la seconda domanda differisce profondamente dalla prima): può egli agire per aumentare il patrimonio di *più coobbligati* meno solvibili, in modo da assicurarsi che l'esito della esecuzione sarà felice, chiunque sia il debitore che egli decida, *in seguito*, di perseguire? (15).

Un creditore, tale in virtù di un'obbligazione solidale attiva, promuove un aumento del patrimonio del debitore, tale da assicurargli una congrua garanzia. Un altro concreditore solidale potrà agire a sua volta in ordine ad altri beni, per creare la possibilità di escutere quei beni che egli trovi più comodamente aggredibili?

Il creditore ha di fronte a sé un debitore solvibile: può egli agire per impedire quella specifica diminuzione di ga-

---

(14) Esempio già presente in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 72.

(15) Vedi lo spunto per la prima questione, però in materia di azione revocatoria, nella sent. App. Roma 6 febbraio 1954, in *Foro pad.* 1954, I, 420.

ranza che impedisca al creditore l'esecuzione sui beni più comodamente aggredibili (beni mobili facilmente commerciabili, ecc.) (16)? supposta la risposta affermativa, la individuazione dei beni comodamente aggredibili deve farsi secondo un metro oggettivo, o secondo il capriccio del creditore? sussiste un metro oggettivo, legalmente accolto, che gradui la maggiore o minore attitudine di un bene all'assicurazione del soddisfacimento delle ragioni del creditore?

Il creditore è munito di una garanzia specifica sufficiente alla sua cautela. Può egli, semprechè preferisca promuovere l'esecuzione su altri beni del debitore, curare l'acquisto al patrimonio del debitore di questi beni ulteriori, ovvero impedire che il debitore subisca la perdita di tali beni? (17).

Tutti questi problemi sorgono perchè il nostro diritto non ha preso una posizione chiara e netta sul seguente punto: se sussista un principio generale per cui tra credito garantito e apparato di garanzia deve sussistere soltanto una certa simmetria quantitativa; o se invece, nei casi qui sopra formulati, il creditore non contento della sufficienza quantitativa della garanzia possa esigere il moltiplicarsi delle garanzie stesse per assicurarsi la possibilità di un'esecuzione qualitativamente soddisfacente (18). Le norme da cui sarebbe lecito attendere un contributo chiarificatore appaiono monche.

Nel silenzio delle norme concernenti gli atti cautelari, sarà legittima una breve indagine sul terreno delle garanzie speciale e delle misure di esecuzione: che però sono regolate in modo disorganico. In particolare, il creditore garantito da ipoteca può promuovere il pignoramento di un bene (purchè non

---

(16) Questa questione è vista da NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 71 in fondo.

(17) La questione non viene mai posta in questi termini. La dottrina antica discuteva addirittura se il creditore con garanzia speciale potesse mai agire in via surrogatoria. Vedi trattato questo problema ancora in PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 137, naturalmente per la soluzione positiva.

(18) Risolto questo primo problema, bisognerà poi ancora discutere quale incidenza abbia sul fenomeno l'eventuale accordo tra le parti, volto a regolare diversamente la garanzia.



immobile) diverso dall'immobile ipotecato (la limitazione di cui agli artt. 2911 cod. civ. e 558 cod. proc. civ. vale nel solo caso in cui si promuova il pignoramento di *immobili* diversi da quello ipotecato); talora il pegno, ai sensi dell'art. 2799 cod. civ., garantisce il credito anche al di là di ogni rapporto quantitativo fra l'ammontare del debito e il valore della cosa (senza che tale sproporzione possa essere messa in rapporto con la preferenza del creditore per l'una o per l'altra frazione della cosa gravata da garanzia); però, se il creditore procede cumulativamente con i diversi mezzi di espropriazione forzata previsti dalla legge (e quindi, così mi pare, anche nel caso che il creditore promuova il pignoramento contro tutti i debitori solidali), il giudice può limitare l'espropriazione ai beni occorrenti al fine (rispettando la scelta del creditore, in modo che le sue preferenze qualitative siano salve; vedi art. 483 cod. civ.); il creditore pignoratizio non può sottoporre ad esproprio altri beni del debitore, se non procede contemporaneamente all'esproprio delle cose ricevute in pegno (art. 2911 cod. civ.); il socio di società semplice richiesto dei debiti sociali può domandare la preventiva escussione del patrimonio sociale solo indicando i beni sui quali il creditore possa agevolmente soddisfarsi (art. 2268 cod. civ.); infine, chi è tenuto a dare una garanzia, senza che ne siano determinati il modo e la forma, può prestare *a sua scelta* una idonea garanzia reale o personale, ovvero altra sufficiente cautela (art. 1179 cod. civ.).

Quegli studiosi i quali riducono il requisito del pericolo all'interesse del creditore, possono rispondere agevolmente ai problemi sopra enunciati; in ognuna delle ipotesi formulate si riscontra senza sforzo un interesse del creditore alla garanzia qualitativamente ritenuta migliore, od a quel dispositivo di garanzie che assicuri, pel momento dell'esecuzione, la concreta realizzazione del potere di scelta che la legge consente al creditore, e così via. Questo insegnamento, logicamente, ammette che, per l'attribuzione del potere surrogatorio, « basterebbe che [in difetto di tale potere] il creditore fosse costretto a svolgere una procedura esecutiva immobiliare invece di una più spe-

dita e meno costosa esecuzione mobiliare; che fosse costretto ad aggredire beni che si trovano in altre località e che siano di più difficile apprensione e così via » (19).

Secondo l'opinione ora riportata la norma largheggia nella tutela del creditore chirografario; tuttavia questi non potrà pretendere di tutelarsi con una garanzia multipla, per riservarsi fino al momento dell'esproprio il potere di scegliere il bene eseguendo: egli potrà tutelare a mezzo del suo potere surrogatorio un dato compendio di beni (quantitativamente e qualitativamente sufficienti alla garanzia), purchè nel contempo rinunci all'idea di tutelare altre frazioni del patrimonio del debitore. In sostanza, anche a voler ammettere che il creditore possa, durante la stessa fase cautelare, scegliere discrezionalmente i beni su cui in seguito si svolgerà l'esecuzione, tuttavia la scelta così operata importerebbe (mi si passi il termine metaforico) una momentanea concentrazione del potere cautelare sui beni preferiti dal creditore. Questi sarà libero di spostare in seguito le sue preferenze ma non potrà mai procacciarsi un cumulo di garanzie su compendii diversi.

In secondo luogo, la scelta, pur avendo in sè qualcosa di discrezionale, non sarebbe — sempre secondo il punto di vista ora illustrato — capricciosa. Il passo citato obbiettivizza quanto possibile la gerarchia fra i beni del debitore, stabilita in base alla maggiore o minore facilità e comodità dell'esproprio.

E' chiaro che questa soluzione rappresenta la massima concessione immaginabile a favore del creditore. Non si potrebbe allargare ulteriormente la protezione del creditore senza abolire sic et simpliciter il requisito del pericolo (20).

---

(19) Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 71.

(20) Coloro che videro nell'ipoteca generale la matrice dell'azione surrogatoria ammisero che, per diritto comune, il requisito del pericolo fosse sconosciuto.

La negazione di tale requisito dovrebbe essere la conseguenza della teoria che vede nell'art. 2900 cod. civ. la traduzione concreta e l'applicazione consequenziale del principio della garanzia totalitaria, che si pretende essere annunciata nell'art. 2740 cod. civ. Però i rappresentanti di tale teoria hanno evitato questa conseguenza, trincerandosi dietro il pretesto del requisito dell'interesse del creditore.



Resta da vedere se la soluzione suesposta sia da accogliersi (21).

Innanzitutto, la soluzione ora illustrata comporta un inconveniente pratico: anche il debitore più solvibile dovrebbe sopportare la molesta ingerenza del creditore in ordine a quella frazione del suo patrimonio che sia costituita dai beni di meno costosa espropriazione e di più facile realizzo (22).

Ma, a parte questa considerazione pratica, non priva di valore ma non decisiva per l'accettazione della soluzione più rigida verso il creditore, sembra di dover prendere le mosse dalla constatazione che segue.

Nell'ambito dell'obbligazione di garanzia, di cui all'art. 1179, il debitore può prestare a sua scelta una idonea garanzia reale o personale, ovvero altra sufficiente cautela. Primeggia, nella norma citata, il principio della libertà del debitore, limitato dall'opposto criterio dell'idoneità della garanzia. La parola « idonea » suggerisce l'idea di una piena attitudine della garanzia al soddisfacimento delle esigenze non solo quantitative, ma anche qualitative, del creditore; e sembrerebbe sofistica l'opposta osservazione, che — in tema di cautele diverse dalle garanzie reali e personali — il legislatore si sia riferito alla sola « sufficienza » (che è un concetto quantitativo) dell'apparato di sicurezza. Fatto salvo il requisito dell'idoneità della garanzia, il debitore ha comunque un concreto e lato potere di scelta (fino al punto da poter preferire la prestazione di una garanzia personale alla prestazione di una garanzia reale). Sembra di

---

(21) Si può giudicare quasi paradossale che la nostra dottrina, la quale ha dedicato opere celebri e numerose all'esame della natura della situazione facente capo al creditore, ed avente ad oggetto i beni del debitore, non si sia curata maggiormente di illustrare i limiti quantitativi e qualitativi dei singoli poteri in cui si snoda il cosiddetto controllo gestorio. Altrettanto singolare può apparire il silenzio della letteratura, dedicata all'obbligazione solidale, sul modo come opera in tale ipotesi il controllo gestorio concesso al creditore.

(22) Si noti, che, *mutatis mutandis*, l'ingerenza potrebbe concretarsi anche con l'esperimento di azioni revocatorie, o con sequestri conservativi.

dover aggiungere che l'inidoneità di una garanzia non coincide con la semplice scomodità dell'esproprio.

Peraltro, il principio della libertà del debitore, sancito dall'art. cit., potrebbe essere un'applicazione del principio dell'interpretazione del negozio a favore del promittente.

Questo dubbio impedisce di concludere senz'altra indagine per l'esistenza di un principio generalissimo di libertà del debitore, valido anche in tema di garanzia generica. Bisognerà dunque estendere la ricerca ad altre norme ed altri istituti.

Nell'ambito dell'esecuzione forzata, l'individuazione dei beni da escutere avviene pro parte ad opera del creditore (il quale sceglie insindacabilmente l'esecuzione mobiliare, immobiliare, o di crediti, salva l'unica limitazione posta dall'art. 2911 cod. civ. a carico del creditore fornito di pegno), pro parte ad opera dell'ufficiale giudiziario che si deve ispirare ad una gerarchizzazione dei beni secondo criterii obbiettivi (art. 517, 2° co., cod. proc. civ.), pro parte ad opera del debitore nei limiti in cui non vi sia pregiudizio per il creditore (art. 517, 1° co., cod. proc. civ.). Quale di questi modi di scelta sta ad esprimere un principio generale valido anche nella fase cautelare?

La misura cautelare ha, sul patrimonio del debitore, effetti meno drastici che non la misura esecutiva; per cui, a prima vista, un maggior potere concesso al creditore in questa fase non sembrerebbe stridere; peraltro, nella fase dell'esecuzione, il sacrificio della libera disponibilità del patrimonio da parte del debitore appare come qualcosa di ovvio, mentre tale libera disponibilità merita di essere salvaguardata quanto possibile nella fase cautelare. Inoltre, si osservi che qui si fa il caso di un creditore già quantitativamente garantito (il che, crea una nuova disparità rispetto al creditore che procede all'esecuzione; ove il creditore agisse in sede cautelare per ovviare all'insufficienza quantitativa della garanzia il problema ne uscirebbe ulteriormente modificato) (23). Tanto basta per escludere che

---

(23) Il creditore che, essendo sfornito di una garanzia quantitativamente sufficiente, provvede a munirsi, si può giovare in una certa misura di un potere di scelta capriccioso.



nelle due diverse fasi il problema della scelta debba essere risolto in base ad una medesima ratio; e per impedirci inoltre di affermare che il favor debitoris (sempre in punto di scelta) debba essere necessariamente maggiore nella fase cautelare, di quanto lo sia nella fase esecutiva.

Arbitrio del creditore, gerarchizzazione obbiettiva dei beni, scelta del debitore, sono i tre criterii messi a profitto dall'art. 517 cit. Fra questi tre criteri deve trovarsi la soluzione del nostro problema, non perchè l'art. 517 possa applicarsi per diretta analogia alla misura cautelare, ma perchè, oltre a quei tre criterii, difficilmente se ne troverebbe un altro.

La scelta capricciosa del creditore è inammissibile nella fase cautelare, perchè incompatibile con la stessa misurazione oggettiva dell'« idoneità dell'atto posto in essere in via surrogatoria ad assicurare la capienza del patrimonio del debitore » (su cui vedi retro, p. 139).

La massima concessione che si può tentare di fare all'interesse del creditore all'idoneità qualitativa dei beni sarebbe dunque rappresentata dal criterio obbiettivo (adombrato anche dall'art. 2268 cod. civ. cit., dettato dal legislatore per un caso particolare) dell'attitudine comparativamente maggiore di taluni beni alla funzione di garanzia.

Questo criterio, come si è già accennato, deve essere escluso per l'assenza, nel nostro diritto, di un chiaro criterio legale di gerarchizzazione dei beni secondo la loro specifica comparativa attitudine alla funzione cautelare (24). Inoltre, esso sacrificherebbe

---

(24) Il metro legale dell'art. 517, 2° co., cod. proc. civ., ottimo in sede di pignoramento, non può essere esteso (perchè inidoneo) ai fini dell'art. 2900 cit. Infatti i beni fungibili e consumabili ivi considerati (indicatissimi per l'esproprio perchè di facile realizzo) possono invece essere distratti con grande facilità nelle more intercorrenti fra l'esperimento del procedimento surrogatorio e la successiva esecuzione forzata.

L'art. 1179 cod. civ., quand'anche lo si consideri come una norma sull'interpretazione del negozio, lascia supporre a sua volta che il legislatore rinneghi ogni rigida gerarchizzazione legale fra i vari beni. Infatti, se il legislatore avesse creduto a tale gerarchizzazione, avrebbe dovuto considerare l'interpretazione della promessa di garanzia, condotta secondo il principio della libertà del debitore, come contrastante

rebbe il debitore in modo inopportuno, bloccando costantemente la frazione del suo patrimonio che appaia comparativamente più adatta per un agevole soddisfacimento del creditore.

La scelta spetterà dunque al debitore « quando non v'è pregiudizio pel creditore ». Questo è anche lo spirito dell'art. 517, 1° co., che, se non può essere richiamato in virtù di un ricorso all'analogia, appare però, per le ragioni dette da ultimo, come il sintomo di un principio generale (25), valido in materia di esecuzione come in materia cautelare.

Perciò, in via di massima, il creditore potrà intervenire anche per modificare o per conservare l'attuale composizione qualitativa del patrimonio del debitore, quando provi di dover evitare uno specifico pregiudizio (da non confondersi con una semplice minore comodità nella procedura di esproprio), concretantesi nell'obiettiva inidoneità qualitativa dei beni che il debitore vorrebbe lasciare soggetti alla garanzia generica.

Tale pregiudizio consisterà in una *res facti*, da accertarsi

---

con la funzione essenziale della stessa premessa: ed avrebbe perciò considerato incompatibili i due diversi principii della libertà del debitore, e della idoneità della garanzia.

La inesistenza di una gerarchizzazione legale fra beni risulta indirettamente dalla seguente considerazione: che la tipica ipotesi in cui il creditore si lagna della trasformazione qualitativa del patrimonio del debitore è rappresentata dal caso del debitore che venda i propri fondi, trasformando così beni immobili in beni mobili fungibili. Però, reciprocamente, NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 71 in fondo, volendo proporre l'esempio di un creditore avente interesse ad una particolare composizione del patrimonio del debitore, ipotizza il caso di un creditore che, pur potendosi giovare di una cospicua garanzia immobiliare, tuttavia persegue una garanzia su cose mobili, il cui esproprio è meno costoso.

Si vede dunque che, *de facto*, la garanzia immobiliare è sotto certi aspetti migliore, ma sotto altri aspetti peggiore della garanzia mobiliare.

Quanto al fenomeno sopra accennato, per cui si suole concedere una misura cautelare al creditore quando la composizione del patrimonio del debitore si trasformi di immobiliare in mobiliare consumabile, si cercherà di darne una spiegazione oltre, nel testo.

(25) Che si può esprimere facendo perno sull'interesse del debitore (giuridicamente tutelato) a subire la minor molestia possibile da parte del creditore.



di volta in volta. Solo il criterio del pregiudizio così inteso (pregiudizio dipendente dalla qualità, anzichè dalla quantità) può spiegare la consueta ed indiscussa prassi giudiziale, per cui la trasformazione in denaro dei beni infungibili appartenenti al debitore apre le porte ai due rimedii dell'azione revocatoria (se la trasformazione è ormai avvenuta, e se sussistono gli altri presupposti dell'azione), e della concessione del sequestro conservativo (se la trasformazione è in corso).

Il problema si presenta alquanto diverso quando il creditore abbia una garanzia speciale (pegno, ipoteca, privilegio speciale) quantitativamente sufficiente per la sicurezza del suo credito.

Da un lato, la garanzia reale non dovrebbe causare una limitazione dei poteri del creditore, per non ridurre il creditore pignoratizio, ipotecario, con riserva di proprietà, ecc., in una situazione deteriore rispetto ad ogni altro creditore. D'altronde non si deve dimenticare che, se al creditore ipotecario non è precluso l'esproprio di cose mobili e di crediti, tuttavia al creditore pignoratizio è precluso l'esproprio di beni diversi da quello ricevuto in pegno, ed allo stesso creditore ipotecario è preclusa la subasta immobiliare di fondi diversi da quello ipotecato (semprechè questo sia sufficiente alla copertura del credito): per cui si potrebbe anche prospettare una diversità di trattamento fra il creditore ipotecario, il quale agisca per la tutela del patrimonio immobiliare del debitore, ed ogni altro creditore munito di garanzia.

In favore della soluzione che preclude al creditore, nel caso in esame, l'azione surrogatoria (26), si potrebbe configurare la dazione di una garanzia non soltanto come fonte di un commodum per il creditore, ma anche come adempimento di un onere per il debitore, il quale si libererebbe così da ogni molestia che il creditore si predisponga ad arrecargli, col fine di cau-

---

(26) E' questa la soluzione accolta dal Nicolò a p. 85 dell'op. cit.; la dimostrazione ivi data non è però particolareggiata.

telarsi (27). Ammessa questa costruzione della garanzia, l'atto costitutivo di garanzia importerebbe altresì un sacrificio dello stesso creditore, il quale rinunciarebbe ad ogni ulteriore iniziativa meramente cautelare sul patrimonio del debitore (salva sempre l'ipotesi di insufficienza *quantitativa* della garanzia prestata).

Questa seconda soluzione sembra più vicina al vero.

Se, come si è visto pocanzi, il debitore può in via di massima determinare a suo piacimento, qualitativamente, la composizione del suo patrimonio, *salvo il solo limite del pregiudizio del creditore derivante dall'oggettiva inidoneità della garanzia generica apprestata*, si deve presumere che questo limite sia pienamente osservato quando nel patrimonio oggetto della garanzia si trova un bene, a cui la legge o il consenso del creditore hanno attribuito la qualità di specifica garanzia, e quindi riconosciuto la qualità di bene idoneo a garantire (28).

La terza ipotesi, sopra considerata, si concreta quando un creditore abbia di fronte a sè più debitori solidali, di cui taluni solvibili e altri meno. Potrà egli (procedendo in via surrogatoria) procurare il mantenimento o l'aumento della consistenza del patrimonio di uno dei debitori meno solvibili? potrà addirittura adoperarsi per la consistenza del patrimonio di *tutti* i debitori meno solvibili, cumulativamente, onde ottenere che il patrimonio di ciascuno di essi sia sufficiente alla copertura del credito?

La risposta positiva alla prima domanda risulta accolta

---

(27) Questa concezione della garanzia potrebbe essere suggerita dall'art. 1186 cod. civ., secondo cui il debitore decade dal termine se non fornisce le garanzie promesse, e dagli artt. 684, 648, 2° co., 98, 1° co., cod. proc. civ., secondo cui il soggetto (presunto o eventuale debitore) conserva una più marcata libertà nell'esercizio dei suoi diritti, in quanto abbia fornito un'idonea garanzia al (presunto od eventuale) creditore.

(28) Un'eccezione può ammettersi quando la garanzia specifica venga prestata dal debitore dopo la nascita dell'obbligazione. In questo caso, l'accettazione della garanzia da parte del creditore non avrà quel carattere univoco e concludente a cui si allude nel testo.



in un precedente giurisprudenziale (29). Si adducono a favore della tesi, essenzialmente, le seguenti ragioni: che, in difetto di contraria disposizione di legge, la pluralità di obbligazioni trae con sè la pluralità di garanzie generiche; che la pluralità di garanzie è desumibile dalla giuridica possibilità riconosciuta al creditore, di agire contro più debitori in executivis; che la pluralità di garanzie è indispensabile per non svuotare di fatto il potere del creditore, di scegliere, ai fini dell'esecuzione, quel debitore che più gli piaccia.

Queste ragioni sembrano controvertibili. La derivazione logica della pluralità di garanzie generiche dalla pluralità di obbligazioni fa presa su un concetto più scientifico che legislativo dell'obbligazione solidale (30), e non pregiudica la soluzione

---

(29) App. Roma 6 febbraio 1954, pubblicata in *Foro pad.* 1954, I, 420. Tale decisione, concedendo ad un creditore di agire in via revocatoria contro un atto di alienazione del debitore meno solvibile, non ha avuto occasione di precisare se il creditore avrebbe potuto esercitare un simile potere, cumulativamente, contro più debitori solidali.

(30) Anche in sede scientifica, la pluralità delle obbligazioni contratte in solidum è opinabile. Se si prendono le mosse dal dovere di prestare, le obbligazioni sono indubbiamente più di una. Se si ammette che «nell'obbligazione moderna non è tanto il contegno di cooperazione del debitore quanto la prestazione in sè, nella sua consistenza oggettiva» (così BETTI, *Teoria obbligazioni* cit., II, p. 136), ovvero che «il diritto del creditore ha per oggetto il bene a lui dovuto, e non il comportamento personale del debitore» (NICOLÒ, *Adempimento* cit., passim, e da ultimo sub art. 2900 cit., p. 19 nota 2), bisognerà concludere che il rapporto solidale si concreta in un solo credito.

Del resto, i possibili «concetti» dell'obbligazione solidale non debbono pregiudicare in alcun modo la soluzione dei singoli problemi pratici: se mai, ove si voglia tenere il «concetto» aderente al diritto positivo, la soluzione normativa dei problemi pratici dovrà pregiudicare la costruzione del concetto; e non viceversa. A ciò si aggiunga che il concetto monistico dell'obbligazione solidale importerebbe taluni vantaggi pel creditore (ad es.: responsabilità di tutti i condebitori se uno di essi rende impossibile la prestazione per propria colpa), ed alcuni vantaggi per il debitore (ad es.: l'onere di prestare la garanzia generica, quando sia assolto da uno dei debitori, si considera assolto nei confronti di tutti i condebitori). Il concetto pluralistico, a sua volta, distribuirebbe i vantaggi, in modo reciproco, fra debitori e creditore. Resta da vedere se il legislatore si è ispirato al criterio della fedeltà ad un concetto preformato (dell'obbligazione unica, o plu-

del seguente problema: se i molti patrimoni dei debitori costituiscano una garanzia unitaria da considerarsi globalmente, capace quindi di comprimersi fino al limite del valore del credito; o se invece essi rappresentino una pluralità di garanzie autonome, ognuna delle quali deve mantenere il livello necessario per l'assicurazione del soddisfacimento del credito.

Quanto al potere del creditore, di effettuare l'esecuzione pro toto contro più debitori cumulativamente, tale premessa non sembra fondata (31): ma, ove anche lo fosse, non va dimenticato che in sede cautelare il creditore non ha sempre la stessa ampiezza di poteri, di cui gode in sede esecutiva (cfr. il caso del creditore ipotecario, che può promuovere l'esproprio di cose mobili diverse da quelle ipotecate, senza previa rinuncia al pegno; mentre, secondo l'opinione sopra illustrata ed accolta, non potrebbe normalmente promuovere simmetriche misure cautelari; e cfr. soprattutto il ben più capriccioso potere di scelta, spettante al creditore che procede all'esecuzione forzata, in confronto al più limitato potere del creditore, il quale pretenda di cautelarsi in modo qualitativamente soddisfacente).

Nè mi sembra che dal potere del creditore, di rivolgere la sua azione contro un debitore di sua scelta, si debba derivare necessariamente l'ulteriore potere di tutelare la pratica realizzabilità di questa scelta, attraverso alla protezione della consistenza dei patrimoni dei debitori.

Innanzitutto, il cosiddetto potere di elezione del creditore potrebbe essere della stessa natura del potere, che gli spetta senza dubbio, di scegliere fra i varii mezzi di esecuzione: semplice potere di fatto, che il debitore può lecitamente frustrare,

---

rima) o al criterio della costante tutela degli interessi di una data parte (al criterio del favor creditoris; o del favor debitorum); o quale ulteriore linea programmatica (più o meno armonica od eclettica) abbia seguito (per la direttiva della pluralità di garanzie vedi l'art. 62 legge fallim.).

(31) O meglio, il creditore potrà iniziare un'esecuzione siffatta ma i debitori ricorreranno al giudice ai sensi dell'art. 483 cod. proc. civ. Non sembra che dagli artt. 1292, 1306 cod. civ. si possa desumere l'inapplicabilità al nostro caso dell'art. 483 cit.



sia eliminando dal proprio patrimonio questa o quella categoria di beni (sempre sotto l'osservanza del limite del pregiudizio del creditore), sia adempiendo.

In secondo luogo, ove anche il potere di elezione si concepisca come potere giuridico vero e proprio, più energicamente tutelato che non il generico potere di scelta dei beni espropriandi, non è detto che tale potere di elezione debba creare un assoggettamento duraturo dei patrimoni dei vari debitori. Si potrebbe concepire questo potere come tutelato nel solo momento in cui lo si esercita; per cui il creditore potrebbe scegliere quale patrimonio colpire con le sue misure cautelari, così come in seguito potrà scegliere il patrimonio, destinato ad essere colpito con gli atti esecutivi.

Nè si dica che, in questo modo, il potere di elezione del creditore, ed il vantaggio derivante dalla solidarietà verrebbero frustrati. Tanto il potere, quanto il vantaggio, di cui si tratta, continuerebbero a sussistere ed a rendere utili servigi, in quanto: il creditore avrebbe pur sempre il potere di scegliere i bersagli dei suoi atti cautelari fra tutti i patrimoni dei debitori (purchè non pretenda di cumulare rimedii cautelari quantitativamente pleonastici); e purchè la pluralità di patrimoni (anche se considerata, ai fini delle garanzie, come un unico complesso patrimoniale) rappresenterà pur sempre una garanzia maggiore di ogni patrimonio singolo (32).

Dopo queste premesse, sembra che anche in tema di obbligazione solidale il creditore possa agire in via surrogatoria per la conservazione o l'aumento delle garanzie solo nei limiti comuni del pericolo che risulti inidonea, quantitativamente o

---

(32) L'obbligazione solidale ha lo scopo di evitare che l'esistenza di un insolvente fra i più debitori debba portar danno al creditore (vedi questa definizione, testualmente, in CROME, *Teorie* cit., p. 213).

Per neutralizzare l'insolvenza di un solo debitore, è sufficiente la corresponsabilità degli altri obbligati. Il criterio della garanzia plurima presupporrebbe all'opposto la correlatività fra insolvenza di un solo debitore, e pregiudizio del creditore.

qualitativamente, la complessiva garanzia generica che gli è apprestata (33).

Naturalmente, ove i diversi debitori debbano prestare con modalità diverse, o possano giovare di eccezioni diverse, ecc., l'insufficienza qualitativa di un certo compendio di beni potrà derivare dalla circostanza che tali beni appartengono ad un debitore che ha mosso contestazioni (stragiudiziali o giudiziali) sul diritto del creditore, o ad un debitore il quale sia tenuto con modalità (es.: termine) meno vantaggiose per il creditore, ecc. (34).

Quando il potere surrogatorio si innesti su di un'obbligazione solidale attiva (35), si può applicare senza inconvenienti il principio generale sopra enunciato: purchè la garanzia generica sia quantitativamente sufficiente, il creditore non può opporsi a mutamenti della composizione del patrimonio del debitore, finchè non sia in gioco un suo pregiudizio. Poichè nel caso normale il pregiudizio di un creditore sarà il pregiudizio di tutti i creditori, reciprocamente l'assenza di pregiudizio di un creditore implicherà assenza di pregiudizio per tutti (36).

---

(33) Così sussiste una certa simmetria fra adempimento dell'obbligazione solidale, ed adempimento dell'onere di costituire un'idonea garanzia generica. Come l'adempimento dell'obbligo, da chiunque provenga, libera i coobbligati, così la costituzione dell'idonea garanzia generica da parte di un condebitore solleva ogni altro condebitore dal peso delle possibili ingerenze del creditore.

(34) Non credo insuperabile questa ulteriore obiezione: che le misure cautelari possono essere invocate anche dai condebitori contro il condebitore, e che sarebbe ben strano negarle proprio al creditore principale. Io ritengo che le misure cautelari spettino al concreditore per la tutela della sua azione di rilievo (concessa dall'art. 1953 cod. civ. al fideiussore, ma suscettibile di ben più vaste applicazioni). Questa azione, com'è ovvio, non sussiste nella sfera giuridica del creditore principale.

(35) In tema di obbligazione solidale attiva, la dottrina ha talora precisato (sulla scorta dei motivi del code Nap.) che ogni singolo concreditore può compiere gli atti cautelari per l'intera cifra (cfr. BAUDRY LACANTINIERE e BARDE, *Obbligations* cit., II, n. 1147); però non si è pronunciata sul problema di cui nel testo.

(36) La situazione è simmetrica rispetto a quella richiamata retro, nota 33: l'adempimento dell'onere di apprestare la garanzia generica,



La dottrina migliore ha felicemente risolto il problema della correlazione fra la forma specifica nell'adempimento, e la forma specifica nel controllo gestorio: il creditore può ricorrere a misure cautelari non solo con lo scopo di garantire la solvibilità del debitore, ma anche con lo scopo di garantire la probabilità di un adempimento (qualitativamente esatto), e la possibilità di una esecuzione in forma specifica (37).

Secondo gli schemi qui accolti, tale soluzione è piana: in un sistema normativo tutto orientato verso l'esecuzione in forma specifica, il « principio » della libertà del debitore nella scelta delle garanzie da apprestare con il solo limite del pregiudizio del creditore genera de plano il principio del diritto del creditore di indirizzare l'apparato della prevenzione e della coazione verso il soddisfacimento del suo specifico interesse (38). Infatti l'impossibilità di ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica costituisce di già un pregiudizio nel senso della legge. Il principio di specificità opera anche quando il creditore sia fornito di garanzia speciale (pegno o ipoteca), in quanto, al creditore che intende procedere per la protezione del suo interesse, non si può opporre che nessun pregiudizio in senso legale può derivare dalla sottrazione o dalla perdita del bene specificamente dovutogli.

Fra tutti i casi a suo tempo prospettati rimane aperto quello dell'obbligazione alternativa, nelle sue varie sottospecie (caratterizzate dall'attribuzione della scelta al creditore, al debitore od al terzo).

---

se effettuato spontaneamente nei riguardi un creditore, libera anche di fronte agli altri; e mancando questo spontaneo adempimento, la prevenzione (come decide a chi il debitore debba pagare) così decide quali, fra più beni qualitativamente equivalenti, debbono essere colpiti da misure cautelari.

(37) Vedi NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 72.

(38) Come si è ricavato il principio della libertà del debitore dall'art. 517 cit., così il principio generale della specificità della garanzia e dell'esecuzione si ricava dagli artt. 2930 e sgg. cod. civ. Anche questi artt. non sono estensibili per analogia alla fase cautelare, per cui bisognerà risalire, ai sensi dell'art. 12 preleggi, ad un principio generale, immanente negli artt. citt.

Supposta sempre la sufficienza quantitativa della garanzia generica, e supposto peraltro che nella obbligazione vengano dedotte più prestazioni di dare cose determinate, sorge il problema se, quando la scelta spetta al creditore, questi possa assicurare la garanzia specifica in ordine a tutte le possibili prestazioni.

Verrebbe spontaneo, almeno a prima vista, un parallelo fra l'obbligazione alternativa con scelta al creditore, e l'obbligazione condizionale. Sebbene l'obbligazione alternativa non possa scomporsi in una pluralità di obbligazioni condizionali (39), tuttavia la ratio della protezione del creditore alternativo in ordine ad ogni singola prestazione può apparire strettamente analoga alla ratio della protezione del creditore condizionale (40). Dati i principii qui accolti sulla risolubilità del potere surrogatorio del creditore condizionale, si dovrebbe concludere che gli effetti dell'atto posto in essere in via surrogatoria al fine di tutelare l'integrità di una delle *res certae* dovute dovrebbero risolversi quando, in forza della scelta, risulti dovuta un'altra *res* (41).

Si obietterà che questo risultato è ingiusto perchè la condizione (salva la diversa pattuizione) retroagisce (art. 1360 cod. civ.), mentre nulla di simile è disposto in ordine alla scelta. Conviene perciò abbandonare il terreno dell'analogia fra condizione ed atto di scelta, ed ispirare la soluzione del problema in esame ad altre considerazioni.

Si potrebbe innanzitutto ricordare che le misure cautelari prese dal creditore per rendere possibili le esecuzioni in forma specifica delle varie prestazioni mirano alla tutela del suo

---

(39) ALLARA, *Nozioni*, cit., cap. XI, n. 17.

(40) La *eadem ratio* sta in questo: che tanto prima del verificarsi della condizione, quanto prima dell'atto di scelta sussiste un'incertezza intorno all'essenza del dovuto (in un caso, intorno all'*an debeatur*; nell'altro caso, al *quid debeatur*).

(41) Ricordo ancora una volta che la eliminazione degli effetti del procedimento surrogatorio nuocerà esclusivamente al debitore ed ai concreditori, e gioverà esclusivamente al terzo. Nel momento della risoluzione, l'autore dell'atto surrogatorio è ormai disinteressato.



potere giuridico di scelta: e che, per la normale tutela di tale potere, è necessario che le misure cautelari siano cumulative (42).

Con un criterio opposto, si potrebbe sostenere che il creditore, in quanto ha il potere di scegliere, ma non il potere di cumulare più pretese, deve essere ammesso a scegliere la garanzia più soddisfacente, ma non, invece, a cumulare più garanzie. In tal modo si riprodurrebbe, nella fase cautelare, una situazione simmetrica rispetto a quella che si verifica nella fase dell'adempimento.

Una volta accolto il sistema delle garanzie plurime in funzione della tutela del potere di scelta del creditore, tale soluzione non avrebbe giustificazione nel caso in cui la scelta spetti al terzo. Viceversa, ove si accolga il criterio delle garanzie plurime risolubili (ovvero il criterio delle garanzie plurime non risolubili, però motivato senza ricorrere all'idea della tutela del potere di scelta del creditore), questa soluzione sarebbe idonea anche per il caso in cui la scelta spetti al terzo.

Sembra del resto che l'un criterio di soluzione non escluda logicamente l'altro; si invocherà, di volta in volta, il principio che attribuisce al creditore un potere più lato. Quando la scelta spetti al creditore questi potrà tutelare, tramite il suo potere di procedere in via surrogatoria, anche il suo potere di scelta: e pertanto, nelle condizioni anzidette, potrà esercitare efficacemente tutti i diritti e le azioni del debitore attinenti ai due (o più) beni certi alternativamente dovutigli.

Per l'ipotesi in cui la scelta spetti al terzo, il creditore po-

---

(42) Non credo che questa soluzione stridrebbe con l'accoglimento di una soluzione diversa in tema di obbligazione solidale passiva. Il potere di scelta del titolare di credito alternativo ha una funzionalità ed una autonomia, che mancano invece al potere di elezione, quale spetta al creditore di più debitori in solidum. Nel primo caso la scelta opera la concentrazione, e nel secondo caso no. Inoltre, qualsiasi debitore solidale può efficacemente prestare svuotando di contenuto il potere di elezione del creditore; mentre è ovvio che il potere di scelta del titolare di credito alternativo non può essere svuotato dal debitore mediante l'adempimento.

trà esercitare gli stessi diritti nella stessa misura, salva la risoluzione degli effetti dei suoi atti pel caso in cui l'obbligazione si concentri su un bene diverso da quello che egli ha conservato o recuperato.

Per l'ipotesi in cui la scelta spetti al debitore, sembrerebbe a prima vista che il creditore non possa proteggere una garanzia qualitativamente corrispondente al bene dovuto, se non quando si minacci la perdita di tutti i beni alternativamente dovuti.

Ma questa soluzione non è incontrovertibile. Supponiamo che Tizio debba una certa macchina od un certo fondo e che la macchina cada nelle mani di un possessore illegittimo. Nulla gli può impedire di scegliere la dazione della macchina, dato che la minor facilità di trasferirne il possesso non costituisce impossibilità oggettiva dell'adempimento. Perchè il creditore non dovrebbe poter esperire la revindica? Sotto un certo aspetto, il creditore ha maggior interesse a mantenere integre le cose alternativamente dovutegli proprio quando la scelta spetta al debitore (che potrebbe rendere problematica una determinata prestazione, per poi concentrare su di essa la obbligazione); mentre, quando la scelta spetta al creditore, questi potrà proteggersi contro simili evenienze mediante l'oculato esercizio del potere di scelta.

Del resto, quella certa affinità fra condizione e scelta, a cui si è accennato sopra, sussiste anche nel caso in cui la scelta spetti al debitore.

Perciò, anche quando (essendo il debitore tenuto alternativamente a più prestazioni) la scelta spetti al debitore stesso, il creditore (indipendentemente dalla generica solvibilità dell'obbligato) può conservare od acquistare al patrimonio del debitore, procedendo in via surrogatoria, quei beni che rendano sicura l'esecuzione forzata di ogni singola possibile prestazione. Gli effetti di tale esercizio di diritto si risolvono quando il debitore scelga di prestare un bene diverso da quello che il creditore ha conservato od acquistato al suo patrimonio mediante un procedimento surrogatorio.



§ 16. - I PRETESI ELEMENTI IMPEDITIVI DELLA FATTISPECIE.

Oltre ai requisiti finora messi in evidenza, null'altro occorre perchè il potere surrogatorio sorga (1).

Si sostiene talora che determinate circostanze fungano come elementi impeditivi della fattispecie in esame; ma, come si vedrà tra breve, questi spunti dottrinali non trovano conferma nella norma.

Così non si può condividere l'insegnamento secondo cui la presenza di un ufficio, incaricato di amministrare i beni del debitore, precluderebbe al creditore la possibilità di avvalersi dell'art. 2900 (2).

Questa tesi si fondò dapprima sulla supposizione che l'inerzia del debitore fosse irrilevante ai fini del procedimento surrogatorio quando non fosse colposa. In questa forma, il ragionamento non poteva persuadere. Se il debitore inerte è incolpevole, si può sempre aver riguardo alla colpa dell'ufficio che ne amministra i beni. Per arrivare al risultato opposto, bisogne-

---

(1) Sul preteso requisito dell'interesse, vedi § prec.

Se con tale espressione ci si riferisce al generico interesse che sottosta al potere surrogatorio come ad ogni altra situazione giuridica favorevole (diritto, facoltà, ecc.), non se ne può certo negare l'esistenza, ma si tratta di un elemento del potere, e non, della fattispecie. Anche il creditore deve avere un interesse alla prestazione, ma a nessuno verrebbe in mente di menzionare tale interesse nei requisiti delle singole fattispecie costitutive del credito (contratto, delitto, ecc.).

Venendo ad un altro preteso requisito, si è talora affacciata l'idea che il creditore non possa agire in via surrogatoria se nel contempo non esperisce un'azione cautelare od esecutiva (BARASSI, *Teoria obbligazioni* cit., III, p. 983, contra NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 166; cfr. anche CICU, *Obbligazione* cit., p. 99, secondo cui « il creditore è tenuto a dichiarare nella domanda giudiziale se l'azione è proposta a scopo esecutivo o conservativo, e il debitore è autorizzato a provocare una simile dichiarazione per eccepire la mancanza del diritto di procedere esecutivamente o conservativamente »).

Quest'affermazione manca di qualsiasi appoggio nella legge.

(2) Ricadrebbe in quest'ipotesi soprattutto il caso del debitore fallito. Vedi accolta la teoria di cui nel testo da NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 152 e p. 158; per il cod. precedente cfr., nello stesso senso, D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 104; cfr. infine, per diritto francese (ma in forma meno netta), Bosc, *Étude* cit., p. 156 e seg.

rebbe configurare la colpa come un fenomeno così strettamente legato alla persona fisica titolare del patrimonio su cui incide il debito, da escludere ogni responsabilità dello stesso debitore quando i fatti colpevoli siano dovuti agli organi chiamati ad amministrare il patrimonio.

Oggi, mentre gli autori si trovano concordi nell'eliminare il requisito della colpa dalla fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio, si continua a negare il potere surrogatorio al creditore del fallito, in quanto la persona preposta all'ufficio di gestione e liquidazione riassumerebbe in sè istituzionalmente tutti i poteri di gestione del patrimonio del debitore.

Questa affermazione è smentita in via diretta dall'art. 102 legge fallim., da cui si desume chiaramente che la legittimazione a proporre l'istanza di revocazione contro crediti ammessi spetta tanto al curatore quanto ad ogni singolo creditore, secondo il criterio della prevenzione (3). Ma, a parte l'azione surrogatoria di cui all'art. 102 legge cit., tutta la procedura fallimentare è imperniata sull'attribuzione ai singoli creditori di poteri individuali, volti non solo alla protezione della sfera giuridica esclusivamente propria, ma anche alla tutela della sfera giuridica del fallimento (potere di contestazione e di osservazione, art. 96, 2° co., ecc.). Da questo quadro emerge abbastanza chiaramente che la legittimazione del curatore a tutelare gli interessi della massa non è così rigorosamente esclusiva da portare come conseguenza una deroga al principio di cui all'art. 2900 cod. civ. (4).

---

(3) Il criterio della prevenzione è richiamato dalla particella disgiuntiva « o », contenuta nella frase « il curatore o qualunque creditore può proporre domanda, ecc. ». Naturalmente, una volta intentata l'azione dal creditore, il curatore può intervenire in giudizio (art. cit., co. 3), perchè il debitore principale può sempre prender parte al giudizio intentato dal creditore contro il terzo. Se invece la domanda è proposta dal curatore, non c'è luogo per un intervento del creditore (arg. dal silenzio dell'art. cit.), conforme al solito criterio per cui, quando il debitore non rimane inerte, manca sia il pericolo sia l'utilità di un esercizio di azioni da parte del creditore.

(4) Sebbene nel nostro campo non si debba sopravvalutare l'importanza dei precedenti storici e della comparazione dei diritti vigenti,



Se questa premessa è esatta, qualsiasi creditore del fallimento potrà, ove a ciò non provveda il curatore, intentare sia contro un terzo sia contro un (preteso) concreditore una revocatoria fallimentare, ed ogni altra azione (5).

Un secondo elemento della nostra fattispecie è stato autorevolmente individuato nel conflitto di interessi fra creditore e debitore (6). La sanzione di questo principio, desumibile dall'art. 1394 cod. civ. per via di estensione, consisterebbe nel duplice potere del debitore, di contestare in via preventiva la legittimazione del creditore, e, in difetto, di ottenere in seguito l'annullamento dell'atto posto in essere dal creditore, salva sempre la pretesa al risarcimento del danno.

Ai nostri fini, il comune concetto di conflitto di interessi fra creditore e debitore è a priori inservibile. L'interesse del creditore è sempre solidale con l'interesse del debitore a che il terzo sia perseguito, mentre è sempre antitetico all'ulteriore interesse del debitore, a che nessun estraneo si ingerisca nella sua sfera patrimoniale.

Uno specifico, ulteriore conflitto di interessi fra creditore e debitore si realizzerebbe soltanto nel caso, in cui il creditore avesse a sua volta interessi solidali con quelli del terzo (7). Ma

---

è opportuno ricordare ancora una volta che proprio per il caso di fallimento i diritti di tipo germanico attribuiscono un potere surrogatorio ai singoli creditori senza che sia d'impaccio la presenza dello ufficio incaricato della gestione.

La procedura concorsuale è stata del resto la culla del nostro istituto, fin dall'epoca romana postclassica.

(5) Né osterà all'esercizio della revocatoria la lettera degli articoli 66 e sgg. legge cit., che sembra legittimare all'azione il solo curatore; infatti, la legittimazione concorrente dei singoli creditori ha la sua autonoma fonte nell'art. 2900 cit., nè occorre che tale art. venga espressamente richiamato dalla legge ad ogni piè sospinto, dovunque siano menzionati i diritti e le azioni spettanti al debitore.

(6) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 157.

(7) Per l'ipotesi di altri legami (ad es.: se il creditore fosse tutore, pupillo, organo, ecc., del terzo), la situazione arieggerebbe, piuttosto che il conflitto di interessi, di cui all'art. 1394, il conflitto di interessi indiretto (rappresentante unico di entrambe le parti in conflitto), di cui all'art. successivo.

nemmeno a questo caso sarebbe applicabile l'art. 1394 cod. civ. Infatti il rappresentante in senso stretto ha verosimilmente un rigoroso obbligo di fedeltà (8), che la lettera della legge non impone al creditore (9).

Così, il problema si allarga. Se la regola sul conflitto di interessi è ispirata allo stesso fondamento, da cui deriva il dovere di fedeltà del rappresentante nei confronti del rappresentato, bisognerà anche indagare se, e come, il legislatore abbia cautelato il debitore contro ogni infedeltà del creditore.

In difetto di una norma, da cui sia deducibile la repressione dell'infedeltà del creditore in genere, è lecito dubitare che l'art. 1394 (costituente una sanzione legale di questo obbligo di fedeltà) sia applicabile all'atto posto in essere dal creditore ex art. 2900.

Il debitore sarà dunque indifeso contro gli atti dolosi od incauti del creditore?

Prima di rispondere a questa domanda, sarà bene esaminare un'ulteriore ipotesi, in cui la dottrina ha ravvisato talora la presenza di un elemento impeditivo della fattispecie surrogatoria: si è sostenuto da varii autori che, quando il debitore sia incapace, il creditore non può esercitarne i diritti ex art. 2900, trannechè non intervenga l'autorizzazione degli organi tutelari che sarebbero competenti a consentire l'esperimento degli stessi rimedii al legale rappresentante del minore (10).

---

(8) Dico « verosimilmente », perchè ciò che rende più evidente il dovere di fedeltà è il rapporto sottostante al potere di rappresentanza (cfr. ad es. art. 1710, 1° co., cod. civ., in tema di mandato). Vedi però, per l'allargamento del dovere di fedeltà a tutti i rappresentanti, BETTI, *Teoria negozio cit.*, p. 562. Questo insegnamento è conforme all'opinione comune.

(9) Vedi trattato più a lungo questo problema oltre, § 23. L'opinione contraria risente del vecchio schema che fa del creditore un mandatario ex lege del debitore.

(10) Per tutti NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 148 (limitatamente alla ipotesi di azione di annullamento di contratto, od altre ipotesi similari, in cui il creditore, al momento di agire, opererebbe una scelta fra il vantaggio di trattenere la prestazione ricevuta, ed il vantaggio opposto, di recuperare la prestazione effettuata). Nella dottrina francese



Anche questo insegnamento lascia assai perplessi.

L'apparato di autorizzazioni previsto dagli artt. 320, 374, 375 cod. civ. ha lo scopo di proteggere il patrimonio del minore dall'avventatezza del legale rappresentante, e non, dalle ingerenze di terzi che esercitino poteri loro attribuiti dalla legge.

Forse si dirà in contrario che il creditore procede ex art. 2900 nell'interesse del minore, e che supremo arbitro di questo interesse è l'ufficio tutelare (o, in altri termini, che il creditore opera su rapporti giuridici del minore, e che l'arbitro del modo come questi rapporti devono essere esercitati è l'ufficio). E' facile rispondere, però, che l'art. 2900 contiene precisamente una deroga ai comuni principii sulla legittimazione: ossia, una deroga ai comuni legami che intercorrono fra titolarità di un diritto e potere di esercizio.

Ciò premesso, si può osservare che il caso del dominus, i cui interessi siano in conflitto con quelli del rappresentante, ed il caso del minore, hanno un elemento in comune: nell'una e nell'altra ipotesi, un soggetto si trova esposto (a causa del potere di ingerenza del rappresentante legale o convenzionale nella sua sfera giuridica) ad un particolare pericolo, per cui il legislatore ha intensificato la protezione dei suoi interessi mediante complessi apparati basati su doveri di terzi, invalidità di atti, poteri del giudice, ecc.

Si pone ora il problema: la ratio della norma consiglia all'interprete di estendere questo apparato di protezione al caso in cui il soggetto, esposto ad ingerenze vessatorie, sia il debitore di cui all'art. 2900?

La risposta è negativa, per una ragione abbastanza elemen-

---

cfr. LAURENT, *Principes* cit., XVI, n. 387 (la cui opinione è rimasta isolata).

Contra, la vecchia dottrina italiana (per tutti, BORSARI, *Commentario* cit., III, II, § 3165, p. 588), tutta la dottrina francese ad eccezione di LAURENT, op. loc. cit., e la giurisprudenza (App. Trani 12 giugno 1899, in *Riv. giur. Trani* 1899, 600, e App. Bari 11 gennaio 1929, mass. in *Foro Puglie* 1929, 127). La Cassazione, a sua volta, ha esattamente deciso che il rappresentante di minori deve munirsi dell'autorizzazione per esercitare il riscatto spettante al debitore dei minori (sent. 23 luglio 1953, n. 2484, in *Foro pad.* 1954, I, 375).

tare: nel conflitto fra debitore e creditore di cui all'art. cit., il creditore può essere sospinto ad ingerenze vessatorie anche fuori dalle due ipotesi del conflitto di interessi e dell'incapacità del minore. Perciò, o si impone al creditore un dovere *generale* di fedeltà, o ci si rassegna all'irrilevanza del conflitto di interessi e dell'incapacità del minore.

Il conflitto di interessi fra creditore e debitore è stato regolato una volta per tutte dall'art. 2900 cod. civ., nè vi è traccia di deroghe al criterio consacrato in tale norma.

Premesse queste constatazioni, si deve aggiungere che il legislatore può tutelare il debitore contro le vessazioni del creditore in modo ben più radicale ed efficace di quanto non avverrebbe attraverso le regole speciali dell'art. 1394 e degli artt. 320, 374 e 375 citt.

Infatti il legislatore, nel configurare i poteri del creditore, può limitarli con due distinti accorgimenti: egli può concedergli il mezzo per nuocere al debitore, salve le contrarie contro-misure per ottenere che egli faccia buon uso di questi mezzi (dovere di fedeltà, obbligo di sottostare talune volte ad autorizzazioni giudiziali, obbligo di astenersi dal procedimento quando si trovi in una speciale solidarietà di interessi con il terzo, ecc.). Oppure, egli può sottrarre al creditore qualsiasi mezzo di offesa contro il debitore stesso.

La storia dell'azione surrogatoria, la lettera dell'art. 2900, la logica dell'istituto, mostrano concordemente che nessuna conseguenza dannosa dell'attività del creditore ricade sulle spalle del debitore (su ciò vedi oltre, § 21): in altre parole, la norma dispone in modo rigido che il creditore non possa nuocere al debitore, e rende perfettamente inutile il più complesso meccanismo fondato sui controlli giudiziari e sui doveri di fedeltà. Se queste affermazioni sono esatte, il debitore non ha da temere nè lo spirito di emulazione del creditore, nè le sue collusioni con il terzo, nè, a maggior ragione, la sua solidarietà di interessi con il terzo.



§ 17. - L'AUTONOMIA NEGOZIALE E LA FATTISPECIE DI CUI ALL'ART. 2900.

In sede dottrinale è stato posto il problema, se la volontà delle parti possa estendere (o ridurre) il campo di applicazione del procedimento surrogatorio subordinando l'acquisto del potere da parte del creditore ad un ulteriore numero di requisiti, non richiesti dalla legge (o, viceversa, riducendo questi requisiti: ad es., configurando in modo diverso da quello legale il requisito del pericolo) (1).

Giova premettere una considerazione.

E' possibile raggiungere risultati analoghi alla cosiddetta surrogazione mediante una procura, generale o speciale, irrevocabile, condizionata allo stato di potenziale insolvenza del debitore (2); per cui, ove si escluda il conferimento negoziale del potere surrogatorio, l'atto in cui le parti manifestino la volontà

---

(1) In Francia si è preferita la soluzione favorevole all'autonomia, in base a due argomenti: che l'art. 1166 code Nap. non è di ordine pubblico; e che l'art. 1446, 1° co., stesso cod., subordina il potere dei creditori della donna coniugata, di chiedere la separazione dei beni, al consenso della debitrice (così PLANIOL, RIPERT, e ESMEIN, *Obligations* cit., n. 904 a p. 214). Un ragionamento affine si trova in qualche autore italiano (CANTONI, *Azione surrogatoria* cit., p. 61, appoggiandosi all'art. 1423 cod. civ. 1865 — oggi art. 205 cod. civ. 1942 —, che costituiva l'esatta traduzione dell'art. 1446 cit. code Nap.). Contro la natura surrogatoria del rimedio di cui all'art. 1423 cit. si è pronunciato il D'AVANZO, in base alla discutibile argomentazione che, se la donna dà il consenso all'azione dei creditori, cessa l'inerzia (*Surrogatoria* cit., p. 156). Con questo ragionamento, qualsiasi debitore potrebbe impedire l'esercizio in via surrogatoria dei suoi diritti proprio con il mezzo, assai semplice, di consentire ai creditori l'uso di tale rimedio.

(2) Non sembra che osti alla possibilità di una procura con questo oggetto il principio (elaborato dalla dottrina processualistica italiana in sede di interpretazione dell'art. 77 cod. proc. civ.: ANDRIOLI, *Commento* cit., sub art. cit.) secondo cui «non è ammessa la rappresentanza volontaria limitata agli atti processuali ma essa può essere conferita solamente a chi gerisca in pari tempo negozi e compia attività di natura sostanziale in nome del rappresentato»; infatti, una procura ad esercitare i diritti del debitore avrebbe un doppio contenuto processuale e sostanziale.

di attribuire al creditore quel determinato potere si convertirà in una procura irrevocabile del tipo sopra descritto.

In base alla procura, peraltro, il creditore che agisca giudizialmente contro il terzo non sarebbe tenuto a chiamare in causa il debitore; inoltre gli oneri del giudizio, e gli obblighi di restituzione derivanti da una sentenza di annullamento, ecc., verrebbero accollati al debitore (mentre, come si vedrà a suo tempo, verrebbero accollati al creditore se questi agisse in via surrogatoria).

Pertanto, la conversione del negozio attributivo di potere surrogatorio in una procura sarebbe solo parziale (3).

Residua dunque una certa importanza della questione di principio, se il potere surrogatorio possa essere costituito (od ampliato) negozialmente.

Anche più importante può apparire l'ipotesi opposta: in cui il creditore abbia rinunciato, di fronte al debitore, al suo potere surrogatorio. Sembra che un impegno del creditore, di non procedere in via surrogatoria, lo vincolerebbe di fronte al debitore (4): ma resta da vedere se tale patto renda inefficace l'eventuale atto compiuto dal creditore in violazione della parola data (o, per dirla in altri termini, se il patto di non procedere crei semplicemente un vincolo obbligatorio fra le parti, o determini un effetto anche verso i terzi).

Prima di rispondere, si può ricordare che il potere surrogatorio ha un doppio campo di azione, privatistico e processualistico, e che i fenomeni processuali sono regolati in più larga misura da norme di ordine pubblico. A questa prima contrap-

---

(3) Tutto diverrebbe semplice se il nostro diritto ammettesse il mandato senza procura al giudizio, ed agli atti destinati ad essere efficaci sul patrimonio del mandante. Oltre (capitolo IV) si vedrà quali siano le interferenze concettuali fra le categorie del mandato con e senza rappresentanza, della sostituzione processuale, ecc. Sembra comunque che il potere di condurre un processo sulla sfera altrui non possa derivare se non da una procura (che vincolerà il soggetto del potere alla spendita del nome altrui) o da una sostituzione processuale (che non può avere origine negoziale).

(4) Infatti, non lederebbe alcun principio di ordine pubblico, e corrispoderebbe ad un interesse serio ed apprezzabile del debitore.



posizione se ne potrebbe aggiungere una seconda, osservando che il creditore, il quale abdichi al potere surrogatorio, fa danno soprattutto a sè, per cui sembrerebbe logico riconoscere l'efficacia di tale rinuncia (semprechè vi consenta il debitore); mentre la soluzione ispirata al principio dell'autonomia contrattuale apparirebbe meno motivata, quando si tratti di una riduzione pattizia degli elementi della fattispecie: qui il terzo — vero controinteressato agli effetti di un tale negozio — avrebbe motivo di invocare a proprio favore i naturali limiti che il principio di autonomia negoziale incontra, quando siano in gioco diritti o doveri di soggetti estranei all'atto.

Gli argomenti finora enumerati in favore dell'una o dell'altra conclusione proposta per le varie ipotesi dianzi accennate sono però alquanto empirici, e nessuno di essi può vantare il suffragio di un testo legislativo.

In questa situazione di incertezza, non resta all'interprete altra arma che quella, delicatissima, additata come *extrema ratio* dall'art. 12, 2° co., delle preleggi: il ricorso ai principii generali, e, propriamente, al principio che definisce l'ambito massimo del potere di disposizione dei privati, e dell'autonomia negoziale.

Prima ancora di formulare questo principio, e di applicarlo al caso in esame, ricorderò quale sia lo schema del potere di procedere in via surrogatoria: con l'enunciazione di questo potere, si suole asserire che ad un comportamento del creditore si riconnette una certa conseguenza nel patrimonio del debitore. Il fenomeno consiste in un nesso causale fra una certa fattispecie (atto del creditore) ed una certa conseguenza. La fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio attribuisce ad un ulteriore fatto un'efficacia, di cui esso normalmente sarebbe sprovvisto (5).

Ciò premesso, il problema da affrontare può essere presentato così: nel silenzio del codice, o nel dubbio, è concesso a privati di togliere all'atto di un creditore, che per legge sarebbe

---

(5) Vedi illustrata tale categoria in ALLARA, *Teoria vicende* cit., p. 99, e altrove.

efficace verso il debitore e verso il terzo, questo suo carattere? o, viceversa, sarebbe loro concesso di attribuire questa forza ad un atto, che legalmente ne è sfornito?

Il problema è grave; esso non involge soltanto questo o quel caso di negozio, ma inquadra una questione di principio. Inoltre il problema, così presentato, non pone l'accento sulla coerenza *della norma* (e sulla natura pubblica o privata degli interessi sottostanti), ma, viceversa, sulla idoneità di una data fattispecie a provocare determinati effetti.

Per quanto riguarda la fattispecie negoziale, i limiti dell'efficacia della stessa si estendono fino alla massima espansione della cosiddetta autonomia negoziale. In dottrina si trova autorevolmente affermato che la fattispecie negoziale opera normalmente costituendo, modificando ed estinguendo rapporti giuridici patrimoniali (6).

Fuori di tale ambito, l'autonomia negoziale giocherebbe soltanto là, dove il legislatore lo dice *tassativamente* (7).

Così ad es. avviene che le parti possano modificare la forma di un contratto, rendendola più rigorosa di quanto non prescrive la legge (8), oppure, possono sancire la non alienabilità reale di taluni diritti (art. 980 cod. civ.); ma in questi settori, dove il negozio ha l'effetto di togliere ad una fattispecie (contratto stipulato nella forma legale ma senza la forma convenzionale, atto di alienazione di taluni diritti) l'efficacia che per legge le competerebbe, l'autonomia privata troverebbe il suo fondamento soltanto in una speciale disposizione legale (9).

---

(6) Cfr. BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 45: «L'autonomia... viene riconosciuta... quale attività creativa, modificativa ed estintiva di rapporti giuridici fra privato e privato»; vedi anche CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli 1947, p. 57: «Il privato non può creare... lo strumento per la regolamentazione giuridica dei propri affari o interessi».

(7) Cfr. ALLARA, *Teoria vicende* cit., p. 99.

(8) Art. 1352 cod. civ.; oltre ad ALLARA, op. loc. cit., vede in questo fenomeno un ampliamento dell'autonomia privata GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova 1949, p. 18 e sgg.

(9) Cfr. gli esempi in ALLARA, op. loc. cit., e anche in *Teoria generale del contratto*, dello stesso aut., 2ª ed., Torino 1955, lit., passim.



E' chiaro che, se è esatta la teoria accennata (la quale, a prima vista, risponde alle linee generali del nostro sistema positivo), si deve propendere per l'affermazione che i negozi privati non possono subordinare il potere surrogatorio a requisiti diversi da quelli legali, nè possono ridurre il numero di presupposti, che la legge ha fissato per l'acquisto, da parte del creditore, della legittimazione di cui all'art. 2900 cod. civ.

§ 18. - IL PRETESO POTERE SURROGATORIO DERIVANTE DA FATTISPECIE ATIPICHE.

Ammesso che la volontà dei privati non possa modificare la fattispecie legale che dà vita al potere surrogatorio, non si è ancora detto nulla su un diverso problema, che può formularsi così: se dove la legge concede eccezionalmente al creditore, indipendentemente dal requisito del pericolo, il potere di esercitare in via indiretta i diritti o le azioni spettanti al debitore contro un terzo, e là dove la legge conceda ad un soggetto diverso dal creditore il potere di esercitare i diritti o le azioni spettanti ad altri contro un terzo, si possa ancora dire che il titolare del potere agisca in via surrogatoria; con la conseguente applicabilità in via diretta (e non meramente analogica) a tali casi dell'art. 2900 cod. civ.

La dottrina sembra propendere per l'assorbimento di questi casi di esercizio del diritto altrui nella figura del procedimento surrogatorio.

Così ad esempio è stato autorevolmente affermato che là dove sia minacciato il bene, su cui grava una garanzia reale speciale, il creditore può esercitare in via surrogatoria i diritti del debitore su tale bene; e, in modo più lato, che il titolare di un diritto reale limitato sulla cosa può, almeno quando sia avente causa dal proprietario, esercitare i diritti spettanti a quest'ultimo verso i terzi, se l'esercizio di questi diritti è necessario per difendere la posizione del titolare dello ius in re aliena. Tali principi sarebbero manifestati negli artt. 2789 e 1012 cod. civ. A queste forme di azione surrogatoria darebbe vita una fattispecie

non diversa da quella comune: un credito del titolare di ius in re aliena (pretesa verso il proprietario, affinché questi assicuri la persistenza del diritto trasmesso) ed il pericolo concretantesi nel rischio che tale diritto si estingua (1).

Tuttavia non mancano ragioni di dubbio, che consentono di muovere alcune obiezioni a questo elegante schema. A parte il fatto che l'art. 1012 potrebbe attribuire all'usufruttuario un potere d'azione per la difesa di un diritto proprio, e non solo un potere di sostituzione, si deve osservare quanto segue. Un credito del titolare dello ius in re aliena sussisterà nei confronti del proprietario che fu parte nell'atto costitutivo del diritto reale limitato; ma non esisterà, nei confronti di un proprietario non contraente (ad es.: del successore inter vivos di quel proprietario, il quale precedentemente aveva costituito a mezzo di negozio il diritto reale limitato). In altre parole, l'art. 1012 parla di qualsiasi usufruttuario, e di qualsiasi proprietario, e non solo di un usufruttuario e di un proprietario legati da un contratto; inoltre esso non fa cenno di quella particolare componente del fenomeno « pericolo », che è rivelata normalmente da un certo grado di inerzia del debitore. Ove non si voglia ripiegare sull'interpretazione antiletterale dell'art. 1012 cod. civ., bisogna ammettere che il potere di agire dell'usufruttuario (e il potere di agire di ogni altro titolare di un diritto reale limitato, a cui si ritenga di poter applicare un analogo trattamento) non è sottoposto a tutte le limitazioni di cui all'articolo 2900 cod. civ. (2).

---

(1) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 87 e 88. Questa, come numerose altre pagine contenute nella monografia citata, aprono e risolvono problemi intieramente nuovi per la dottrina e la giurisprudenza. Con la monografia citata ha luogo, nella storia dei dogmi del nostro istituto, una nuova svolta, caratterizzata dall'emancipazione dai vecchi schemi del pensiero giuridico francese, e dagli schemi concettualistici delle tradizioni ispirate alle dottrine dello Schuld-Haftung, del pegno generale, della natura processuale o sostanziale della rispondenza, ecc.

(2) Per chi aderisca alla dottrina comune, la quale pone tra i presupposti dell'azione surrogatoria l'inerzia del debitore, una nuova ragione di disparità fra artt. 1012 e 2900 consisterebbe nel fatto che, in tema di art. 1012, l'inerzia non sembra venir richiesta. Non la ri-



A questo punto l'interprete può ammettere che l'art. 1012 regoli un potere di procedere in via surrogatoria, svincolato dai presupposti di cui all'art. 2900 cod. civ.; ovvero, può negare che il potere di cui all'art. 1012 cit. sia un potere di tipo surrogatorio. Le conseguenze delle diverse sistemazioni si rivelerebbero allorchè si trattasse di applicare all'azione dell'usufruttuario le regole sulle conseguenze legali dell'atto posto in essere in via surrogatoria (3).

Il problema si può configurare così: supposta una identità di struttura fra potere spettante all'usufruttuario ex art. 1012; constatata una difformità delle fattispecie che danno luogo ai due poteri; è decisiva, per l'identificazione dei due poteri sotto il nome comune di potere surrogatorio, l'identità di struttura, od è decisiva, a favore della autonomia delle due figure, la difformità della fattispecie?

Non credo che sarebbe bene invocata, ai fini della soluzione del presente problema, l'indiscutibile premessa che la struttura di un fenomeno giuridico è concettualmente auto-

---

chiede nè chi fa dell'usufruttuario un sostituto processuale (così il BARBERO, *Legittimazione* cit., p. 111), nè, tanto meno, chi ne fa un contitolare del diritto di servitù (così la dottrina dominante; cfr. GROSSO e DEIANA, *Servitù* cit., p. 74 e sgg., p. 894 e sgg.; BRANCA, sub art. 1079 cit.; PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, Torino 1954, in *Trattato VASSALLI*, p. 364).

Naturalmente, il problema si pone in modo diverso per chi (conforme a quanto si è sostenuto nella presente trattazione) neghi l'autonomia del requisito della inerzia. Bisogna peraltro osservare che normalmente una certa inerzia si rende indispensabile perchè sussista il pericolo. L'art. 1012 è invece applicabile sulla base della semplice violazione perpetrata dal terzo.

(3) L'espressione usata nel testo è stata scelta per la sua maggiore scioltezza; ma il procedimento logico corretto è quello opposto: si dovrebbe anzitutto desumere, dall'applicabilità delle regole concernenti l'atto surrogatorio e le sue conseguenze all'atto dell'usufruttuario ed ai suoi effetti, la qualifica del potere dell'usufruttuario come potere surrogatorio. Solo in caso di lacuna non altrimenti colmabile, si imporrebbe il ricorso al « concetto », come formulazione abbreviata del ricorso all'analogia o all'interpretazione estensiva (su queste questioni di metodo vedi per maggiori illustrazioni la mia *Interpretazione* cit., p. 104 e sgg.).

noma, ed indifferente, rispetto alla fattispecie che gli dà vita (4). Qui si tratta di vedere se il legislatore, con l'art. 2900 cod. civ., abbia voluto regolare soltanto i fenomeni che sorgono da quella determinata fattispecie, o meno. E se conseguentemente (ai fini della concettualizzazione dei fenomeni) l'istituto surrogatorio abbia, o meno, come nota concettuale caratteristica, la specifica fattispecie da cui trae origine.

Così impostata la questione, sembra di poter affermare che, se il potere surrogatorio dell'art. 2900 cod. civ. ha qualcosa in comune con il potere dell'usufruttuario, previsto dall'art. 2012 cit., la medesima affinità sussiste anche fra il potere surrogatorio ed il potere spettante ad una lunga serie di soggetti riguardati come sostituti processuali (potere di azione del marito dotatario o partecipante ad una comunione tra coniugi, del conduttore che agisce ex art. 1585, 2° co., del creditore pignoratizio spossessato; semprechè questi casi si debbano considerare come fenomeni di sostituzione, e non, come fenomeni di titolarità di rapporti sostanziali, nè come poteri di rappresentanza legale).

Ne discende che, tenendo conto dei soli connotati strutturali delle varie figure di potere di sostituzione processuale sopra menzionate, ognuna di queste figure potrebbe essere ridotta, all'incirca, allo schema del potere surrogatorio.

Un allargamento dell'idea di azione surrogatoria a tutte queste ipotesi toglierebbe alla categoria ogni carattere individualizzante, e farebbe correre all'interprete il rischio di creare un ennesimo « concetto » preterlegislativo, di dubbia utilità e pericoloso. Per evitare di scivolare in questo annacquamento del concetto di azione surrogatoria, sarà sufficiente ricordare che, nel linguaggio e nella tipizzazione del legislatore, l'istituto surro-

---

(4) Vedi imperniata su questo dogma la ripartizione fondamentale del materiale normativo in ALLARA, *Nozioni* cit., cap. VI. Basta dare un'occhiata agli indici di tutte le monografie giuridiche civilistiche dei due ultimi decenni per vedere come si vada diffondendo l'abitudine di trattare in sedi nettamente distinte del contenuto di un fenomeno, e delle fattispecie che ne determinano la costituzione e l'estinzione.



gatorio è caratterizzato anche dalla fattispecie che dà luogo al potere del creditore (5).

Mutatis mutandis, e in modo meno evidente, un ragionamento analogo può valere per escludere che siano azioni surrogatorie quelle che spettano al creditore pignoratizio contro i terzi. Quanto alle azioni possessorie di cui all'art. 2789 cod. civ., esse sono esperibili contro lo stesso proprietario costituente (per cui è facile escludere che il diritto fatto valere dall'attore sia il diritto a lui spettante). Quanto all'azione di revindica, se la si concepisce come indipendente dalla spettanza di un'identica azione al costituente, è altrettanto ovvio che non può spettare al titolare del diritto di pegno a titolo meramente surrogatorio (6); se invece si concepisce quel potere di azione come indipendente da quella del costituente (7), ricadremmo in uno schema affine a quello che potrebbe essere utilizzato per configurare il potere di azione dell'usufruttuario, di cui all'articolo 1012 cit., da chi configurasse l'usufruttuario che agisce in confessoria come un non titolare della servitù (8).

Per ragioni analoghe e per motivi ulteriori si può esclu-

---

(5) A suffragio della soluzione adottata nel testo cfr., implicitamente, NICOLÒ (sub art. 2900 cit., p. 64), il quale, contrapponendo il potere dei cessionarii dei beni a quello previsto dall'art. 2900, ricorda innanzitutto la diversa fonte delle due diverse situazioni.

(6) Così ALLARA, *Nozioni* cit., p. 718; BARBERO, *Sistema* cit., II, p. 165. Caratteristica, nel pensiero del BARBERO, è l'attribuzione al creditore pignoratizio di due distinti poteri: di rivendicare la cosa a titolo di proprietà, quale sostituto processuale del costituente; e di rivenderla a titolo di pegno, iure proprio.

(7) RUBINO, *Pegno* cit., p. 278; e GORLA, in *Comm. BRANCA e SCIALOIA*, sub art. 2789, ritengono rispondente alla mens legis l'inciso « se questa spetta al costituente ».

(8) Una differenza fra i due istituti esiste: il « costituente » dell'art. 2789 è il diretto dante causa del titolare di pegno, mentre il proprietario dell'art. 1012 è qualsiasi proprietario. Rimane però ferma la divergenza fra le fattispecie dell'art. 2789, e dell'art. 2900. Infatti l'art. 2789 non richiede l'elemento del pericolo. Inoltre, in tema di art. 2789, è preclusa l'indagine sul seguente punto: se il costituente, nel caso concreto, si possa considerare attualmente obbligato alla prestazione consistente nell'assicurare il possesso della cosa al creditore pignoratizio.

dere che sia un'azione surrogatoria quella concessa al conduttore ai sensi dell'art. 1585, 2° co., cod. civ. Se si dovesse ritenere che al conduttore spetti iure proprio un diritto erga omnes (ivi compreso il locatore) diventerebbe particolarmente chiaro che siamo fuori dal campo del potere surrogatorio. Ma, anche ritenendo che il conduttore eserciti le ragioni del locatore (9), la dizione dell'art. cit. («il locatore non è tenuto a garantire il conduttore contro le molestie di fatto») consente di dire che l'azione del conduttore non ha lo scopo di soddisfare una ragione che egli può vantare contro il locatore.

Nella fattispecie che dà luogo al potere del conduttore difetta dunque il requisito del credito (10), il che è sufficiente per escludere che il potere di cui si tratta sia un potere surrogatorio (11).

Su un piano del tutto diverso si pone invece la questione (anch'essa dibattuta dalla dottrina) se il creditore ipotecario possa intentare la confessoria servitutis contro il terzo. Qui non si tratta di incasellare o meno nello schema dell'art. 2900

---

(9) Così DEIANA, *La tutela del locatario per le molestie di fatto*, Trieste 1945, e ulteriormente *Considerazioni sul diritto di godimento del conduttore*, in *Studii CICU*, Milano 1951, I, p. 227 e sgg. Però in dottrina si parla, anche in opere recenti, di un diritto proprio del conduttore: Così BARBERO, *Sistema cit.*, II, p. 334. CARRESI (*Il comodato*, in *Trattato VASSALLI*, Torino 1950, p. 64, e ivi nota 2) attribuisce un'azione erga omnes a tutela di un diritto proprio financo al comodatario.

(10) Anche le modalità di esercizio dell'azione di cui all'art. 1585, 2° co., cit. sono diverse da quelle di cui all'art. 2900, 2° co., in quanto il primo dei due artt. non impone alcun onere di chiamare in giudizio il locatore.

(11) Si tratterebbe invece di un'azione proposta in via surrogatoria qualora il conduttore chiedesse ex persona locatoris la costituzione di una servitù a favore del fondo locato. Si è domandato se a favore del conduttore, che intenda esperire una simile azione, militi il requisito della finalità del soddisfacimento o della conservazione delle sue ragioni (DEIANA, in GROSSO e DEIANA, *Servitù cit.*, p. 1083). Tale finalità sussisterà in due casi: quando il locatore si sia obbligato a far godere al conduttore la servitù di cui si tratta, e si profili la probabilità di un suo inadempimento; e quando il locatore sia per altra causa indebitato verso il debitore, e si profili il rischio della sua insolvenza.



un istituto esplicitamente previsto e regolato dal codice; si tratta invece di sapere se, a prescindere dal potere che (sussistendo gli estremi dell'art. 2900) spetta certamente al creditore ipotecario, quest'ultimo abbia *anche* un ulteriore ed incondizionato potere di agire ex art. 2813 cod. civ. (12) o come sostituto processuale (13). Una volta ammesso che la legge gli accordi questo ulteriore potere, il potere surrogatorio non avrà per lui alcuna utilità. Se poi gli dovesse essere negata — in base all'interpretazione letterale dell'art. cit. — l'azione confessoria, non c'è dubbio che egli potrebbe agire ex art. 2900 sia quando sussista la necessità di sventare in tal modo il concreto pericolo dell'insolvenza del debitore, sia quando il costituente, tuttora titolare della servitù, si sia impegnato verso il creditore a tenere in piedi questo diritto, e sussista il pericolo che la servitù si perda se il creditore non provvede a farla valere (14).

A parte i fenomeni qui considerati, la dottrina elenca numerosi altri esempi di norme, regolanti poteri apparentemente affini a quello, di cui si occupa la presente trattazione.

Non sempre però la differenza fra le varie figure di cui ho detto e l'istituto surrogatorio sta nella fattispecie, o nella sola fattispecie. Spesso, la differenza si ritrova nella struttura del potere, che assurge a vero e proprio diritto soggettivo (ipotesi delle cosiddette azioni dirette), o nell'effetto dell'atto posto

---

(12) Così DEIANA, in GROSSO e DEIANA, *Servitù* cit., p. 908.

(13) Così BARBERO, *Legittimazione* cit., p. 117. .

(14) Attribuisce al creditore ipotecario il potere di esperire in via surrogatoria l'azione confessoria il BRANCA, sub art. 1079 cit., p. 671; ma senza insistere sui presupposti di tale potere.

Nel caso considerato nel testo si nota chiaramente la differenza concettuale che intercorre fra pregiudizio della garanzia e pericolo di insolvenza. Qualsiasi attentato all'integrità del diritto destinato allo esproprio in virtù dell'ipoteca, e così qualsiasi attentato all'integrità della cosa che forma oggetto del rapporto sostanziale di ipoteca desumibile dall'art. 2813, costituisce senza ombra di dubbio un pregiudizio della garanzia. Ma il creditore potrà agire ex art. 2900 contro tali violazioni solo quando sussista l'ulteriore elemento della concreta inidoneità della garanzia residua ad assicurare il soddisfacimento delle ragioni del creditore.

in essere da un creditore (effetto che può coincidere ad es. con il trasferimento forzoso di una situazione giuridica dal debitore al creditore). Altre volte, la differenza sta nell'ambito del potere spettante al creditore, in quanto la legge consente al creditore l'esercizio di diritti del debitore non compresi nella cerchia prevista dall'art. 2900 cod. civ.

Questi casi non possono essere trattati unitariamente, dovendosi fare riferimento ad ognuno di essi, là dove si parla, rispettivamente, della struttura del potere surrogatorio, dell'effetto dell'atto, dell'ambito del potere del creditore, ecc.



---

### CAPITOLO III.

#### **Gli effetti dell'atto posto in essere in via surrogatoria.**

SOMMARIO: § 19. - Generalità. — § 20. - Funzione del procedimento surrogatorio. — § 21. - Pretese limitazioni del potere di esercizio e disposizione del debitore, in ordine al rapporto fatto valere dal creditore. — § 22. - Pretesa imposizione al debitore dei carichi derivanti dal procedimento di cui all'art. 2900. — § 23. - La soggezione del debitore alle conseguenze del procedimento surrogatorio. — § 24. - I limiti quantitativi degli effetti dell'atto posto in essere dal creditore.

#### § 19. - GENERALITÀ.

Mentre la fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio e la qualifica giuridica del creditore che procede all'esercizio dei diritti del debitore hanno attirato l'attenzione degli studiosi del nostro istituto, i singoli effetti dell'atto surrogatorio sono da lungo tempo nell'ombra. Com'è noto, un tempo si è disputato se l'instaurazione del procedimento surrogatorio precludesse al debitore qualsiasi potere di disposizione in ordine al diritto fatto valere dal creditore; ma, una volta sopita questa polemica, gli autori hanno tardato a far fruttare ed a raffinare i risultati raggiunti. Alcune decisioni giurisprudenziali, chiamate a risolvere questioni di un'estrema delicatezza, non hanno suscitato presso la dottrina un particolare interesse.

Eppure, i problemi ancora aperti in questo settore sono numerosi: in prima approssimazione si può certo dire che

*l'atto (1) del creditore produrrà, nella sfera giuridica del debitore (2) e del terzo, effetti in tutto o in parte identici od analoghi a quelli che normalmente (3) sarebbero prodotti da quell'atto, se esso fosse posto in essere dal debitore (4).* Ma la formulazione generale ora riportata in corsivo non è idonea a chiarire in modo univoco tutti i problemi che si pongono all'interprete. Così ad es. si è domandato se, essendo Tizio creditore di Caio per 10, essendo Caio creditore di Sempronio per 100, essendo ormai il credito di Caio verso Sempronio prossimo all'estinzione per prescrizione, e procedendo Tizio all'interruzione della

---

(1) La dottrina parla indubbiamente di atti. Però si vedranno in seguito le estensioni dell'istituto fuori del campo degli stessi comportamenti umani, e le relative conseguenze, anche di ordine dogmatico (vedi § 31).

(2) Se la sfera giuridica facesse capo al creditore, la dottrina ascriverebbe senz'altro il fenomeno all'atto « diretto », e non a quello surrogatorio. A questa conseguenza giungeva precisamente HUC, *Cession*, I, p. 122, il quale — con limitata padronanza dei termini della questione — faceva consistere l'alienità dei diritti fatti valere dal creditore in virtù dell'art. 1166 cod. Nap. nella loro qualità di diritti derivati da diritti altrui. Ma tutti gli altri autori — anche quelli che riconoscono al creditore procedente in via surrogatoria un diritto di garanzia, o di pegno generico, ecc. — sono assolutamente concordi nel ritenere che le conseguenze dell'atto del creditore cadano nella sfera giuridica del debitore. Per ulteriori complicazioni, che sorgerebbero dal riconoscere al creditore un diritto alla prestazione del terzo, vedi oltre nel testo, § 34.

(3) Sembra necessario l'avverbio « normalmente » per evitare l'obiezione seguente: che se, ad es., il debitore fosse legalmente o naturalmente incapace, gli effetti di un suo atto sarebbero ben diversi da quelli dell'atto compiuto dal creditore. Nel seguito del lavoro, per speditezza, questa precisazione sarà sottintesa.

(4) E' pacifico che gli atti di esercizio di diritti di cui all'art. 2900 cit. sono sempre atti cum effectu (escluso, ad es., il seminare un campo, l'abitare una casa, ecc.). Tutt'al più si è discusso se, nell'ambito degli atti cum effectu, il creditore possa porre in essere negozi di amministrazione, quali una vendita, una locazione, ecc. La soluzione della dottrina è costantemente negativa (dal DEMOLOMBE, *Cours cit.*, XII, p. 285, che mise il punto fermo sulla questione reagendo a qualche deviazione della giurisprudenza, fino alla recentissima opera cit. del NICOLÒ, passim). Il codice del 1942 contiene del resto una esplicita limitazione che, pur non essendo di per sè sufficiente a risolvere questo problema, è preziosa (può esercitare i diritti e le azioni « che spettano verso i terzi »).



prescrizione, la interruzione operi per 10 o per 100 (5). Del pari si è domandato se le spese del giudizio intentato dal creditore contro il terzo debbano essere poste a carico del creditore, o del debitore (6). Una sentenza della nostra Cassazione ha implicitamente imposto al creditore, che aveva esercitato in via surrogatoria il potere di riscatto, spettante al suo debitore, il carico del prezzo, da rimborsarsi al terzo (7). Viceversa, la dottrina recente sembra dare per pacifico che, se il creditore agisse in via surrogatoria per l'annullamento di un contratto, la restituzione della prestazione già adempiuta del terzo è legalmente imposta al debitore (8). Infine, una corrente giurisprudenziale, ormai solida in Italia ma non incontrastata, tende ad ammettere che, almeno in casi eccezionali, il potere di riscuotere la prestazione dovuta dal terzo si trasferisca dal debitore

---

(5) La dottrina francese oggi è concorde nel ritenere che il creditore non debba limitarsi all'ambito del suo credito (Bosc, in *Étude* cit., p. 135; soluzione incerta ancora in DEMOGUE, *Traité* cit., III, p. 356).

In Italia, ha credito anche la soluzione opposta (CARNELUTTI, *Processo esecuzione* cit., I, p. 202; MESSINEO, *Manuale* cit., § 108, p. 146).

(6) Il problema viene trattato in modo generale per tutti i sostituti processuali.

Fra i civilisti, BARBERO, *Legittimazione* cit., p. 43 nota 56; la dottrina processualistica quasi unanime è nello stesso senso.

In Francia, DEMOGUE precisa (*Traité* cit., II, p. 341) che il creditore straniero deve versare la cautio iudicatum solvi, e con ciò dà per sottinteso che le spese sono a suo carico.

(7) Sent. 23 luglio 1953, n. 2484, in *Foro Pad.* 1954, I, 375. Questa sentenza non manca di precedenti (fra cui App. Venezia 12 agosto 1930, in *Foro Venezie* 1931, 287, e App. Torino 1 giugno 1908, in *Giur. tor.* 1909, 745).

(8) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 148, afferma che il creditore non può esperire l'azione (spettante ad un debitore incapace) per l'annullamento di un contratto con prestazioni corrispettive, se non ha l'autorizzazione del giudice tutelare, che sarebbe chiamato a provvedere se l'azione stesse per essere proposta dal legale rappresentante. Egli arriva a questa conclusione, in quanto l'esperimento di quell'azione implicherebbe (da parte del soggetto procedente) un apprezzamento comparativo degli effetti favorevoli e di quelli sfavorevoli dell'iniziativa. In questi passaggi è implicita, senza possibilità di dubbio, la presa di posizione di cui nel testo.

al creditore che ha fatto valere in via surrogatoria il diritto spettante al debitore contro il terzo (9).

Questa serie di questioni, apparentemente slegate l'una dall'altra, non esaurisce la massa dei problemi relativi alle conseguenze dell'atto del creditore. Una esposizione di queste conseguenze potrà condursi raggruppando gli effetti del procedimento surrogatorio, a seconda che si presentino come sfavorevoli per il debitore (e implicino perciò una sua soggezione all'attività del creditore), o come vantaggiose per il debitore. Poichè la presenza o l'assenza di taluni effetti sfavorevoli per il debitore (limitazione del potere di disporre del diritto fatto valere dal creditore) viene tradizionalmente collegata in una certa misura alla funzione (esecutiva o conservativa) del procedimento surrogatorio, ne deriva l'opportunità di premettere all'indagine esegetica una breve ricerca sull'elemento teleologico (funzionale) del nostro istituto.

#### § 20. - FUNZIONE DEL PROCEDIMENTO SURROGATORIO.

Il problema più dibattuto dalla dottrina italiana in tema di procedimento surrogatorio ha per oggetto la funzione dell'istituto.

Se è evidente di per sè che la funzione costituisce un elemento solo teleologico, estrinseco rispetto alle norme regolatrici dell'istituto, è però vero che quasi sempre gli autori, trattando il problema della funzione, hanno voluto risolvere concreti problemi di diritto positivo; infatti, hanno parlato della funzione (conservativa o esecutiva) dell'istituto per dire, con termine compendioso ed abbreviato, che l'azione surrogatoria è assoggettata a questo od a quel regolamento.

Ma l'accordo mancava (e manca tuttora) sul significato stesso di funzione esecutiva, e di funzione conservativa. A questi termini ha fatto riscontro una pluralità di accezioni (1);

---

(9) Vedi oltre, nota 6 al § 20.

(1) Purtroppo qualche autore (così D'AVANZO, *Surrogatoria* cit.) si dedica all'argomento senza lasciar intendere quale concetto abbia della funzione esecutiva.



cosicchè si è invocata la funzione esecutiva (o, rispettivamente, conservativa o cautelare) dell'istituto per farne discendere conseguenze eterogenee, e talora incompatibili le une con le altre.

In un primo tempo, la teoria della funzione esecutiva dell'azione surrogatoria servì ad inserire fra i presupposti del procedimento surrogatorio il titolo esecutivo rilasciato al creditore contro il debitore (2). Questa teoria fu ben presto abbandonata dalla dottrina, ed ebbe scarso seguito in giurisprudenza. Oggi sarebbe anche più difficile risuscitarla, perchè è riconosciuto che il nesso fra la detenzione del titolo esecutivo e il potere di soddisfarsi attraverso alla esecuzione forzata della propria pretesa non è nè generale nè incondizionata (cfr. ad es. art. 525 cod. proc. civ., il quale consente ai creditori di intervenire nell'esecuzione senza essere muniti del titolo). Inoltre, la teoria in esame sembra meno facilmente armonizzabile con l'idea che l'esercizio dei diritti del debitore può aver luogo anche stragiudizialmente.

Perciò, in un secondo tempo, e senza averne piena consapevolezza, la dottrina prese a parlare di una funzione esecutiva dell'azione surrogatoria per equiparare gli effetti del procedimento di cui si tratta alle conseguenze del pignoramento presso terzi, e, in particolare, per sottolineare che il potere di esercizio relativo al diritto fatto valere dal creditore si trasferisce dal patrimonio del debitore a quello del creditore, o, quanto meno, che tale diritto non può subire ulteriormente gli effetti degli atti di disposizione del debitore (3). Quest'ultima accezione del

---

(2) La questione era posta in questi termini nella vecchia polemica svoltasi fra il LABBE', *Exercice* cit., n. 21 e 22, il quale esigeva il titolo esecutivo, e DEMOLOMBE, che sosteneva l'opposta soluzione in *Cours* cit., p. 275, e che fu poi seguito da tutta la dottrina francese ed italiana. La teoria della funzione esecutiva del nostro istituto viene inquadrata in questi termini, e respinta, in CICC, *Obbligazione* cit., p. 93 in fondo e seg.

(3) La questione era posta in questi termini da CROME, *Teorie* cit., p. 307, che considerava l'azione surrogatoria come il tipo di pignoramento applicabile ai crediti ed alle azioni; e da HUC, che, con l'adesione alla teoria della funzione esecutiva, voleva enunciare il principio

termine «funzione esecutiva» sembra particolarmente infelice, perchè, facendo leva sulla sola esclusione del debitore dal potere di disposizione e di riscossione, costringe a ravvisare una funzione esecutiva anche nel sequestro conservativo o giudiziario, ed in altre misure tradizionalmente considerate come soltanto cautelari, e come tali contrapposte alle misure di esecuzione (4).

In questa fase gli autori qualificano l'atto esecutivo in base ai suoi effetti, anzichè ai suoi presupposti. Peraltro, essi prendono ancora le mosse dal nesso fra soddisfacimento forzoso delle ragioni del creditore, e pignoramento (di qui, appunto, l'equiparazione fra azione surrogatoria e pignoramento).

Fatalmente, però, la dottrina doveva accorgersi: che, se per esecuzione si deve intendere il soddisfacimento coatto delle ragioni del creditore, l'esecuzione hoc sensu è concepibile anche senza pignoramento; e che il pignoramento, di per sè, non ha alcuna attitudine a soddisfare il creditore, le cui ragioni verranno tacitate solo in sede di assegnazione del bene pignorato, o della somma ricavata.

Quando la dottrina (soprattutto quella italiana) ebbe la percezione di questo scarto concettuale fra effetto del pignoramento e soddisfacimento delle pretese del creditore, la funzione esecutiva dell'azione surrogatoria prese ad essere affermata (o negata) in due ulteriori significati; e cioè:

---

dell'indisponibilità (da parte del debitore) del bene colpito dall'azione obliqua (vedi *Cession* cit., p. 120).

Un notevole effetto della classificazione in esame è il seguente: se la perdita (da parte del debitore) del potere di disporre fosse sintomo sicuro della funzione esecutiva della fattispecie, non solo il pignoramento, ma anche il sequestro conservativo, dovrebbe considerarsi come un atto esecutivo. Non teme di imbattersi in queste conseguenze il D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 172: « se si dichiara esecutiva [l'azione surrogatoria], poichè si verificano gli stessi effetti del sequestro e del pignoramento presso terzi, il debitore ha perduto il potere di disposizione » (il corsivo è mio). L'equivoco dell'autore cit. si spiega, tenendo presente che egli appare influenzato da opere giuridiche relative al diritto francese, che ricorrono allo stesso termine per indicare i due istituti del sequestro e del pignoramento.

(4) Vedi nota prec.



o per affermare (o negare) che l'azione surrogatoria contribuisce a determinare o preparare un successivo procedimento esecutivo in senso tecnico (pignoramento ed esproprio) (5);

ovvero per affermare (o negare) che l'azione surrogatoria realizza, nel patrimonio del debitore, non solo gli effetti del pignoramento presso terzi (perdita, da parte del debitore, del potere di disporre del bene pignorato), ma anche gli effetti dell'assegnazione giudiziale (acquisto del bene da parte del creditore); cosicchè il procedimento esperito dal creditore avrebbe lo stesso esito di una cessione forzosa di credito o di azione (6).

L'insegnamento, secondo cui l'azione surrogatoria servirebbe a preparare un procedimento esecutivo, si staccava poi

---

(5) Questo è il succo dell'atteggiamento di molti autori italiani che si sono occupati del problema sotto il codice abrogato (FERRARA, ZUCCONI, CANTONI, CLAPS), ammettendo o negando la funzione esecutiva del nostro istituto; vedi attualmente CICU, *Obbligazione* cit., p. 92 e sgg., che si occupa prevalentemente di questo aspetto teleologico estrinseco dell'istituto.

(6) GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 268; da ultimo GIOIA, *Azione surrogatoria* cit., p. 32 e 33.

In questo senso sembra intendere la funzione esecutiva dell'azione surrogatoria la giurisprudenza anteriore e successiva all'entrata in vigore del nuovo codice. Cfr. Cass. 3 giugno 1935, in *Foro it.* 1935, I, 1474; Cass. 26 luglio 1935, n. 3008 ined.; Cass. 4 luglio 1952, n. 2010, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1952, 1° bim., 71; Cass. 6 agosto 1953, n. 2665, ined. Queste sentenze distinguono una funzione «naturale e normativa» dell'azione surrogatoria (funzione di conservazione) da un'ulteriore funzione, eventuale ed eccezionale, di esecuzione. Contro la funzione esecutiva dell'azione surrogatoria cfr. invece Cass. Napoli 20 febbraio 1919, in *Foro it.* 1919, I, 404; Cass. Regno 1 maggio 1935, n. 1560, ined.; Cass. 7 luglio 1941, in *Dir. e prat. com.* 1941, II, 269. A suffragio di questa funzione esecutiva-traslativa dell'azione surrogatoria si sono invocati, da molti autori, i precedenti storici della norma (così come i pretesi precedenti erano stati invocati dal LABBE' in favore del requisito del titolo esecutivo). Però, come si è dimostrato largamente nel primo capitolo di questa trattazione, i primi esempi di potere surrogatorio (l'eccezione fra concorrenti, l'azione concessa ai creditori del fallito dal SALGADO, l'azione surrogatoria con finalità revocatoria del diritto francese prerivoluzionario) non avevano funzione esecutiva.

dalla teoria della funzione esecutiva del nostro istituto, e veniva ribattezzata teoria della « funzione preparatoria ».

In questa fase, in cui si tende ad accoppiare l'idea della funzione esecutiva con l'idea della funzione di esproprio, si afferma anche una vivace corrente eclettica, pronta ad ammettere che il creditore possa a sua scelta indirizzare il procedimento surrogatorio verso la semplice conservazione del diritto nel patrimonio del debitore, o verso il trapasso forzoso del diritto dal debitore al creditore. Alle due diverse funzioni dell'istituto corrisponderebbero differenze, più o meno profonde, di regolamento. L'azione surrogatoria con finalità esecutiva *hoc sensu* presupporrebbe la certezza liquidità ed esigibilità del credito; non presupporrebbe invece l'inerzia (tanto meno, la inerzia colposa) del debitore, nè il pericolo di insolvenza da parte sua; inoltre essa non potrebbe essere esercitata dal creditore per un ammontare superiore al suo proprio credito (7). Appare tuttora influenzata da queste concezioni la nostra recente giurisprudenza, la quale ammette il doppio scopo del procedimento surrogatorio, ma lascia cadere le macroscopiche differenze di regolamento sopra illustrate, pur ammettendo una certa reazione delle due distinte funzioni sulla struttura positiva dell'istituto (8).

I redattori del nuovo codice civile pensarono di decidere di autorità, mediante una formulazione espressa, quale debba essere la funzione del procedimento surrogatorio, e stabilirono che il creditore può esercitare le azioni del debitore « per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni » (arti-

---

(7) Il paladino di questa doppia funzione dell'istituto fu principalmente il GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, p. 268; che ebbe seguito in Italia (cfr. ad es. VENZI) e in Francia (cfr. ad es. DEMOGUE). Uno spunto in questo senso si trova già in AUBRY e RAU (seguito dal PACIFICI MAZZONI).

(8) Vedi citazioni retro, nota 6. Secondo la nostra Cassazione l'azione surrogatoria con efficacia traslativa sarebbe possibile quando non occorra tutelare altri concreditori, e inoltre sussista il grave rischio che il debitore sottragga alle speranze del creditore il bene da questi recuperato o conservato.



colo 2900). L'inciso non deve considerarsi così chiaro come speravano i compilatori, se ha rinfocolato la disputa sulla finalità conservativa od esecutiva del procedimento previsto dall'art. cit. (9). Ma, a parte il merito di questa nuova discussione, qui interessa soprattutto segnalare una nuova evoluzione delle categorie della dottrina.

Una volta ammesso che la (vera o pretesa) *funzione esecutiva* dell'azione surrogatoria nulla aveva a vedere con la *natura* esecutiva nel senso del diritto processuale, oramai il perno della qualifica dell'azione surrogatoria si spostava fatalmente dai presupposti del procedimento (titolo esecutivo) e dal contenuto dei suoi effetti (traslazione forzata di diritto o di azione), alla sua concreta attitudine a realizzare direttamente l'interesse del creditore (10).

Più precisamente, un autore ha osservato che la funzione esecutiva dell'azione surrogatoria sarebbe sostenibile solo là, dove « *col semplice esercizio del diritto di pertinenza del debitore*, il creditore realizzi il suo interesse al conseguimento del bene a lui dovuto » (11).

Con questa formulazione, l'antica impostazione francese del problema viene chiaramente sovvertita. In primo luogo, oggi la funzione dell'istituto non si ricollega più ai presupposti

---

(9) Secondo BARASSI, *Obbligazioni* cit., III, p. 982, « le parole iniziali dell'art. 2900... fanno capire oggi, risolvendo così il dubbio, che dei due è proprio il primo scopo (di pura conservazione...) che prevale ». Secondo MESSINEO, *Manuale* cit., § 108, p. 146, la lettera dell'art. 2900 avrebbe sottolineato che la funzione del procedimento surrogatorio è « assicurativa, ossia cautelare ». Cfr. in questo senso anche EULA, sub art. 2900 cit., e CANTILLO, *Appunti* cit., p. 77 e sgg. Cfr. in senso opposto GIOIA, secondo cui « è evidente » che il legislatore, ispirandosi all'insegnamento del GIORGI, ha attribuito all'azione surrogatoria due distinte funzioni (*Azione surrogatoria* cit., p. 32).

(10) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 11. Per l'identità concettuale fra esecuzione e soddisfacimento anche CANTILLO, *Appunti* cit., p. 79. Talune critiche mosse dagli autori alla teoria della funzione esecutiva sono valide solo se riferite a questa specifica concezione della funzione esecutiva stessa (così ad es. quelle mosse da BARASSI, *Obbligazioni* cit., III, p. 982 e sgg.).

(11) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 11.

del procedimento, ma agli effetti dello stesso. In secondo luogo, non si pretende più di ricavare l'effetto giuridico dell'esercizio dei diritti del debitore dalla sua funzione, ma si fa derivare l'elemento teleologico della funzione dal lato positivo delle conseguenze giuridiche.

In terzo luogo, l'espressione « funzione esecutiva » viene utilizzata per indicare una finalità satisfattiva, quale non può essere riconosciuta agli atti esecutivi nel senso del diritto processuale (pignoramento (12), subasta, assegnazione della somma), poichè gli stessi non producono ancora il diretto soddisfacimento dell'interesse del creditore. Identificata la funzione esecutiva con la funzione satisfattiva, bisognerà dire che, nell'ipotesi — ad es. — dell'esproprio forzato, ha una funzione esecutiva *hoc sensu* soltanto il pagamento effettuato dall'ufficio nelle mani del creditore, o la consegna della cosa assegnata al creditore in pagamento.

Alla tesi della funzione esecutiva del nostro istituto viene tradizionalmente contrapposta la teoria della funzione conservativa, adeguatamente rappresentata tanto sotto l'impero del codice abrogato, come sotto l'impero del codice nuovo (13).

Il termine stesso di atto conservativo non è molto chiaro. Esso potrebbe far pensare ad un atto, che determina la permanenza inalterata di una situazione: nel qual caso avrebbe funzione conservativa soltanto il procedimento surrogatorio con funzione impeditiva (interruzione della prescrizione, ecc.). Ma, da qualche decennio, i civilisti dicono senza contrasto che un atto od un provvedimento può dirsi conservativo in senso lato anche quando abbia l'effetto di innovare, trasformare, ecc.,

---

(12) A proposito del pignoramento, vedi già CALAMANDREI (*Introduzione cit.*, p. 108) che lo definisce come un provvedimento esecutivo, con effetto conservativo: dov'è chiaro che la natura esecutiva di un provvedimento si mette in relazione con i suoi presupposti (presenza del titolo esecutivo), e la natura conservativa, con i suoi effetti.

(13) Sotto il codice nuovo vedi: NICOLO', sub art. 2900 cit., p. 11 e sgg.; BARASSI, *Obbligazioni cit.*, III, p. 982 e sgg.; MESSINEO, *Manuale cit.*, § 108, p. 146; BARBERO, *Sistema cit.*, II, p. 104; EULA, sub art. 2900 cit.; CANTILLO, *Appunti cit.*, p. 77 e sgg.



purchè in definitiva faccia acquistare al creditore una cautela (14). Tenuto conto di questo ampliamento del concetto di atto conservativo, si è parlato indifferentemente (ma con discutibile proprietà) di una funzione cautelare dell'atto surrogatorio (15).

Altre volte, la funzione conservativa dell'azione surrogatoria è stata intesa in senso meramente negativo; coll'asserire la finalità conservativa dell'istituto, se ne è voluta soltanto negare la funzione esecutiva: o, più analiticamente, si è voluto negare, a seconda degli autori, che il procedimento surrogatorio presupponga il titolo esecutivo, che esso determini il trasferimento legale del potere di esercizio al creditore procedente, che elimini o sospenda il potere di disposizione del debitore, che rappresenti un accessorio della esecuzione, che realizzi immediatamente l'interesse del creditore.

Sembra dunque che non esista un unico problema della funzione esecutiva o conservativa del procedimento surrogatorio; ma esistono tanti problemi (da risolvere tutti sul piano esegetico, e non, sul piano funzionale), che si possono porre così: ha l'atto compiuto in via surrogatoria l'effetto di trasferire forzosamente dal creditore al debitore il potere di esercitare il diritto fatto valere dallo stesso creditore? ha lo stesso atto l'effetto di privare il debitore del suo potere di disposizione sul bene di cui il creditore ha procurato l'acquisto, o

---

(14) L'obbiezione di cui nel testo attirò l'attenzione degli studiosi all'inizio del secolo. Da allora, qualcuno usa dire che l'azione surrogatoria ha funzione « recuperatoria » (vedi ad es. la sentenza 20 marzo 1953 del Trib. Como, in *Giur. it.* 1953, I, 2, 891).

Contrappone la funzione innovativa a quella conservativa (salva l'interferenza di entrambe con la generica funzione cautelare) CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, p. 26 e seg.

(15) Ad es. NICOLÒ, sub art. 2900 cit. Le riserve sulla proprietà del termine risalgono a ciò, che l'atto cautelare produce effetti destinati ad esaurirsi quando si produca il provvedimento o l'atto finale, al cui servizio l'atto cautelare è stato posto (per questa definizione CALAMANDREI, *Introduzione cit.*, passim); mentre gli effetti dell'atto del creditore, posto in essere in via surrogatoria, sopravvivono all'adempimento del debitore od all'esecuzione forzata.

sul rapporto fatto valere del creditore? il procedimento surrogatorio presuppone il rilascio del titolo esecutivo nelle mani del creditore? qualora il compimento di un certo atto in via surrogatoria sia tale da importare un immediato soddisfacimento dell'interesse dello stesso creditore, bisogna escludere tale atto (in deroga alla regola generale contenuta nell'art. 2900) dall'ambito di applicazione dell'art. 2900?

Si può dire della funzione del procedimento surrogatorio ciò che si è detto del fondamento dello stesso: l'indagine sulla ratio della norma è logicamente successiva all'esegesi. Si può ricavare la ragione di un istituto giuridico dal contenuto della norma, e non viceversa.

Forse si dirà in contrario che, mentre l'art. 2900 non fa cenno del fondamento del potere surrogatorio, viceversa lo stesso articolo contiene una esplicita menzione della finalità dell'istituto, e con ciò pregiudica (e facilita) l'opera dell'interprete.

A questa osservazione si dovrebbe rispondere nel modo seguente.

In primo luogo, il cosiddetto fine di conservare ed il fine di soddisfare non si escludono a vicenda. L'uno rappresenta il fine ultimo del procedimento, l'altro, un obiettivo strumentale, intermedio, che può essere guardato ad un tempo come scopo (rispetto all'atto del creditore) e come mezzo (rispetto al soddisfacimento dell'interesse del creditore).

Nè questa è una curiosa peculiarità presente nel solo campo dell'azione surrogatoria. Anche il sequestro, ad es., serve ad assicurare (od a rendere più probabile) la conservazione del bene da sottoporre in seguito a pignoramento od a rilascio forzoso; il pignoramento assicura (o rende più probabile) la futura subasta; e così via. Solo l'ultimo atto di tutta la procedura esecutiva concentra il proprio scopo nel risultato del soddisfacimento del creditore.

Esaminate le cose da questo punto di vista, non parlerebbe a favore di una funzione esecutiva-satisfattiva del procedimento surrogatorio *hoc sensu* nemmeno un'eventuale sot-



trazione al debitore del suo potere di disposizione, e nemmeno un eventuale trasferimento legale del diritto dal debitore al creditore.

Ulteriormente, bisognerà osservare che l'atto posto in essere dal creditore in via surrogatoria non può normalmente avere una funzione esecutiva-satisfattiva immediata, perchè, a tacer d'altro, non ci sarà soddisfacimento del creditore se, durante il procedimento da lui iniziato, o dopo di esso, non interverrà un comportamento di adempimento da parte del terzo. Tanto vale aggiungere, a questo punto, che lo scopo immediato dell'atto del creditore non è mai satisfattorio. Per sfuggire le conseguenze di quest'ultima constatazione, si parla talora di una funzione esecutiva-satisfattiva immediata dell'atto surrogatorio in un senso attenuato, e cioè, non già per dire che l'atto appaga di per sè l'interesse del creditore, ma per indicare che il creditore, una volta compiuto l'atto, può attendere che il suo interesse venga realizzato da altri, senza aver bisogno di svolgere un'ulteriore attività, nè, tanto meno, di instaurare un procedimento esecutivo (16). Ma allora la differenza fra azione surrogatoria satisfattiva ed azione surrogatoria conservativa diventa una questione di gradi, e si riduce al maggiore o minore numero dei fenomeni intermedi, che devono intervenire fra l'atto del creditore e l'appagamento del suo interesse.

Così compiute queste numerose precisazioni, si possono formulare alcune prese di posizione.

Il fine di soddisfacimento in senso latissimo inerisce a qualsiasi atto surrogatorio del creditore (17). Preso il termine in questo senso, l'allusione dell'art. 2900 ad un possibile fine meramente conservativo dell'azione surrogatoria non vale ad estendere il possibile ambito, nè a limitare i possibili effetti, dell'iniziativa del creditore; infatti, qualsiasi atto con finalità

---

(16) Direi che questo significato viene attribuito al termine in esame da più di un autore; p. es. da MASUCCI, *Azione surrogatoria* cit., n. 3.

(17) Questa osservazione, già presente in FERRARA, *Natura giuridica* cit., sembra pacifica.

conservativa ha anche un fine ultimo di soddisfacimento, ed è quindi virtualmente ricompreso nella categoria degli atti compiuti per assicurare che siano soddisfatte le ragioni del creditore.

Il fine di soddisfacimento, se contrapposto al fine conservativo, deve essere inteso in senso più ristretto.

D'altronde, l'allusione dell'art. 2900 ad un possibile fine di soddisfacimento in senso più ristretto non obbliga affatto l'interprete ad immaginare che uno stesso procedimento surrogatorio possa essere adibito, a seconda dell'intento del creditore, ad una funzione conservativa o satisfattiva. Si deve invece constatare come la funzione del procedimento del creditore venga univocamente determinata dalla natura stessa dell'attività da lui svolta. Così ad es., se il creditore interrompe una prescrizione, non realizza con ciò il contenuto della sua pretesa. Ma se il creditore (ad es.: allorchè il debitore rifiuti di cooperare all'adempimento del terzo) si surroga nell'attività dell'acceptio (ossia, nel comportamento di cooperazione necessario affinché il terzo possa adempiere), e così ottiene la consegna della eadem res dovutagli dal debitore, allora il suo atto di cooperazione avrà una funzione immediatamente satisfattiva (18). Si noti che, in difetto dell'inciso « per assicurare che siano soddisfatte le ragioni », qualcuno avrebbe potuto negare l'applicabilità dell'art. 2900 all'acceptio, per evitare che il diritto del debitore venga svuotato di contenuto ed esaurito mediante l'attività del creditore (vedi più a lungo oltre, nel § 23).

---

(18) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 14 e 15, osserva che in questi casi il soddisfacimento è il risultato dell'applicazione di ulteriori principi (norme sulla compensazione, sul conseguimento dello scopo, ecc.). Perciò, anche in questi casi, egli riduce la finalità di soddisfacimento ad una « finalità estrinseca » dell'istituto. Con formulazione che mi sembra più esatta, si dovrebbe dire che in questi casi il soddisfacimento è, su un piano di nessi causali fra fatti giuridici ed effetti, un effetto dell'atto del creditore: e, su un piano di individuazione della norma che attribuisce quel dato effetto a quel dato fatto, un'applicazione non solo dell'art. 2900, ma di una pluralità di norme opportunamente collegate fra di loro (nella specie di cui nel testo, art. 2900 ed art. 1241; ecc.).



La menzione della finalità satisfattiva, contenuta nell'art. 2900, serve precisamente ad escludere che siano tagliati fuori dell'ambito di applicazione del nostro istituto quegli atti che per loro natura operano l'immediata realizzazione dell'interesse del creditore.

Ma, se le premesse sono vere, avverrà che l'inciso « per assicurare che siano conservate o soddisfatte le sue ragioni » deve essere invocato essenzialmente per delimitare non già gli *effetti* dell'atto surrogatorio, ma semplicemente *l'ambito* del nostro istituto (19).

§ 21. - PRETESE LIMITAZIONI DEL POTERE DI ESERCIZIO E DISPOSIZIONE DEL DEBITORE, IN ORDINE AL RAPPORTO FATTO VALERE DAL CREDITORE.

Nemmeno oggi si può dare come pacifico che la proposizione di un atto in via surrogatoria non trasferisce coattivamente al creditore il diritto del debitore, che egli fa valere, nè attribuisce al giudice il potere di operare tale trasferimento.

Si è visto infatti che in tanto l'idea del trasferimento forzoso sta in piedi, in quanto si concepisca l'art. 2900 come un semplice rinvio alle norme sul pignoramento e sugli ulteriori atti di esecuzione (1). Si è visto del pari come anche i precedenti storici dell'art. cit. siano costituiti da due diverse masse di istituti: da un canto, le cessioni forzose di diritti o di azioni, regolate dalle norme procedurali che a seconda dei tempi e dei luoghi dovevano trovare applicazione; dall'altro canto, i casi di legittimazione concorrente sfocianti in una semplice equivalenza di risultati fra l'atto del creditore e l'atto del debitore (2).

---

(19) In questa sede non interessa ricordare che l'inciso citato serve altresì ad inserire nella fattispecie che dà luogo al potere surrogatorio il requisito del pericolo (vedi retro, § 15).

(1) Vedi § 10.

(2) Fra le fattispecie che davano luogo a figure di trasferimento forzoso ricorda: il pignoramento romano di credito (su cui retro, §§ 2 e 3), l'ipoteca generale (su cui, § 4), la surrogazione del *droit coutumier* francese (su cui, § 8) e del primo periodo postnapoleonico (su

Appare dunque impossibile qualsiasi contaminazione concettuale fra la semplice concorrenza di poteri fra creditore e debitore, e il trasferimento forzoso di diritti o di azioni per iniziativa unilaterale del creditore. Tuttavia, un'autorevole corrente giurisprudenziale (3) ha elaborato, contro l'insegnamento unanime della dottrina (4), la figura dell'azione surrogatoria con effetto traslativo eventuale.

Questa corrente giurisprudenziale ammette che « la funzione naturale e normativa dell'azione surrogatoria è quella conservativa; il che non esclude che essa possa eccezionalmente adempiere [a mezzo di un trasferimento forzoso di diritti] anche la funzione esecutiva » (5).

La giustificazione della eccezionale funzione esecutiva starebbe nel pericolo che il debitore, dopo che il creditore ha esperito l'azione contro il terzo, distragga il bene recuperato dal creditore.

La funzione esecutiva sarebbe peraltro da escludere in modo rigoroso tutte le volte che si profili l'opportunità di tutelare i concorrenti non presenti in giudizio.

---

cui, § 10). Fra le figure di concorso di legittimazioni ricorda: l'eccezione surrogatoria fra concorrenti del diritto romano e comune (su cui, §§ 5 e 6); l'azione surrogatoria fallimentare del SALGADO (su cui, § 7); i procedimenti pseudosurrogatori del *droit coutumier* (su cui, § 9).

(3) Risalgono alla corrente di cui nel testo le sentenze della nostra Corte di Cassazione, menzionate nella nota 6 al § 20.

(4) Sotto il nuovo codice cfr. tutti i sostenitori della funzione cautelare o conservativa del procedimento surrogatorio (vedi citazioni retro, nota 13 al § 20). In senso alquanto diverso, un unico autore: il GIOIA, il quale — con scarsa coerenza — equipara l'azione surrogatoria ad un « subingresso » (op. cit., p. 21, p. 47), che determina un « trasferimento » (p. 64), e la definisce come « un mezzo di spossessamento » (p. 230); ma qualifica poi il creditore come un « sostituto processuale » (p. 77), e riconosce che il debitore può (anche dopo che il creditore ha iniziato l'esercizio di un certo diritto) rinunciare efficacemente a tale diritto, salvò il solito rimedio dell'azione pauliana (p. 45).

(5) L'espressione tra virgolette è tratta dalla sentenza 4 luglio 1952 cit. Nella più recente sentenza 6 agosto 1953 cit. (di cui sono note le sole massime) sembra che manchi il riferimento al carattere eccezionale della funzione esecutiva-traslativa del nostro istituto.



La confutazione del criterio su riportato, e della motivazione invocata a suo suffragio, è intuitiva.

In primo luogo, non si sente alcun bisogno di questa pretesa azione surrogatoria con effetto traslativo: se il creditore teme che il debitore distragga i beni perseguiti in via surrogatoria, non ha che da provvedersi mediante un sequestro (od un pignoramento, quando ne sussistano i presupposti).

Il trasferimento forzoso risponde certo ad un interesse del creditore, in quanto lo cautela contro il rischio che il debitore riscuota la prestazione, pel cui conseguimento il creditore si è adoperato, e poi disperda il bene così recuperato. Però, la giurisprudenza ha sempre detto che il procedimento surrogatorio reagisce all'inerzia del debitore. L'azione surrogatoria cosiddetta esecutiva reagirebbe invece al rischio che il debitore agisca. La corrente giurisprudenziale qui esaminata cade dunque in una contraddizione (6).

In secondo luogo, se l'efficacia anomala dell'azione surrogatoria è invocata per impedire che il debitore distragga i proprii beni, tale efficacia anomala dovrebbe giungere fino al punto di togliere al debitore il potere di disporre del bene recuperato o conservato, ma non più in là: cioè, essa dovrebbe coincidere con l'effetto di un sequestro, ma non, con un trasferimento forzoso di diritti.

In terzo luogo, la necessità di tutelare i concreditori non viene invocata a proposito in tema di efficacia dell'atto posto in essere dal creditore. Se tale atto potesse legittimamente determinare un trasferimento forzoso di diritti dal debitore al creditore, la tutela dei concreditori non parteciperebbe rimarrebbe inoperante, così come rimane inoperante quando taluni fra più

---

(6) Qualcuno potrebbe domandarsi se quest'ultima critica non stoni nella presente trattazione, che ha di mira la riduzione del requisito legale dell'inerzia al semplice criterio della prevenzione. Si deve però rispondere che, anche riducendosi al minimo il requisito della *precedente* inerzia, la presente trattazione (§ 14) insiste su questo principio: che l'azione surrogatoria ha il fine di prevenire il pericolo che una perdita, od un mancato acquisto patrimoniale, intervengano *per effetto di una futura inerzia del debitore*.

concreditori si astengano dall'intervenire al pignoramento, ed alla successiva assegnazione del diritto pignorato, o della somma ricavata. Se poi l'atto del creditore non è, in via di massima, idoneo a determinare l'acquisto forzoso dei diritti del debitore, non può certo attribuirgli una così esorbitante efficacia la sola circostanza che nessun concreditore sia minacciato dal trasferimento coatto.

Infine, sembra di poter escludere — per ragioni metodologiche di indole generale — che l'interprete possa affiancare *praeter legem* alla funzione « naturale e normativa » di un istituto un'efficacia eccezionale dello stesso. Lo *ius singulare* è per sua natura contrario all'armonia del sistema; perciò esso non si può rivelare all'interprete per altro tramite, che non sia la lettera della legge. La storia di un istituto, i bisogni che esso soddisfa, la sistematica, aiutano ad elaborare le linee di un istituto secondo una sua coerente armonia; perciò i mezzi di interpretazione logica extraletterale rivelano sempre le regole, e non le eccezioni. Ne deriva che, ove una efficacia acquisitiva dovesse essere riconosciuta all'esperimento di un rimedio in via surrogatoria, l'acquisto in esame dovrebbe rappresentare l'effetto normale e naturale (o almeno, uno degli effetti normali e naturali) della fattispecie (7).

---

(7) Non tutte le critiche rivolte nel testo alla giurisprudenza italiana varrebbero contro una corrente giurisprudenziale francese non recentissima, secondo cui « ai fini di semplificazione e di economia, il creditore che agisce in virtù dell'art. 1166 può ottenere nel medesimo giudizio le misure necessarie alla copertura del suo credito, per esempio la vendita e l'assegnazione a suo profitto del prezzo di vendita della cosa recuperata nel nome del debitore » (Cass. 23 giugno 1903, mass. in PLANIOL, RIPERT ed ESMEIN, op. cit., n. 924; contra, altre sentenze, fra cui Corte Angers 10 gennaio 1893, in *Sirey* 1893, II, 186; e tutta la dottrina).

La Cassazione francese ha la piena nozione dello *iatus intercorrente* fra l'esercizio dei diritti del debitore, con i suoi peculiari effetti, e la pronuncia giudiziale a carattere costitutivo, con i suoi ulteriori effetti. Il sistema seguito dalla Cassazione francese può essere criticato da un punto di vista diverso (meramente processuale) ove esso conduca ad inserire un provvedimento di vendita ed assegnazione in una sentenza di cognizione, ovvero a dispensare il creditore, che invoca la vendita



Quanto detto finora sembra confermato anche da numerosi giudicati, che respinsero la domanda del creditore, il quale chiedeva la condanna del terzo a proprio favore (8).

Constatata così la vitalità della criticabile concezione dell'azione surrogatoria come fattispecie traslativa, ci si potrebbe attendere di trovare anche più rigogliosa la concezione dell'azione surrogatoria come fattispecie che priva il debitore del potere di disporre del diritto fatto valere dal creditore.

Per dissipare ogni equivoco, sarà bene mettere in chiaro fin d'ora che anche la concezione dell'azione surrogatoria con efficacia di sequestro manca di qualsiasi appoggio nell'art. 2900: la norma si limita a dire che il creditore può esercitare determinati diritti ed azioni che spettano al debitore, e non aggiunge altro. Anzi, secondo la dizione dell'art. 2900, per tutto il tempo in cui si protrae questo esercizio di diritto e di azioni (che potrà svolgersi in numerosi atti distanziati nel tempo: ad es., citazione del terzo in giudizio, precisazione delle conclusioni definitive, appello, ecc.), i diritti stessi «spettano al debitore», senza alcuna riserva.

Premessa questa precisazione, si può ritornare all'osservazione da cui si sono prese le mosse: oggi, nè la dottrina nè la giurisprudenza (che pure mostra una evidente indulgenza verso l'idea dell'azione surrogatoria come modo di trasferimento forzoso di diritti) si lasciano tentare dalla concezione dell'esercizio dei diritti del debitore come fattispecie equivalente al sequestro dei diritti fatti valere. Si può dunque dire che questa concezione (dopo la nota evoluzione giurisprudenziale, illustrata in un'al-

---

o l'assegnazione, dal munirsi di un titolo esecutivo e di un precetto, ovvero a derogare a norme legali sulla competenza del giudice per materia, valore e territorio; e così via.

(8) In ordine di data, cfr. Pret. Cagliari 18 ottobre 1893, in *Giur. sarda* 1893, 139; Cass. Torino 11 giugno 1897, in *Gazz. giud. it.* 1897, 197; Cass. Napoli 8 giugno 1917, in *Dir. e giurispr.* 1917, 489; App. Genova 20 giugno 1918, in *Temi gen.* 1918, 265; App. Bologna 9 luglio 1934, in *Temi emil.* 1934, 465; Cass. Regno 1 maggio 1935, n. 1560; Cass. 7 luglio 1941, in *Dir. e prat. comm.* 1941, II, 269; e infine (però in termini meno recisi) Cass. 31 gennaio 1950, n. 241.

tra parte della trattazione) (9) è stata definitivamente accantonata.

Solo per completezza di esposizione, si può notare come il maggior prestigio della teoria dell'azione surrogatoria con funzione esecutiva (di pignoramento ed assegnazione) rispetto alla teoria dell'azione surrogatoria con funzione di sequestro si spiega probabilmente nel seguente modo: la (pretesa) funzione esecutiva dell'azione surrogatoria si realizzerebbe al momento della sentenza, previo accertamento, da parte del giudice, di tutti i presupposti richiesti perchè possano verificarsi gli effetti desiderati dal creditore. Viceversa, la funzione di sequestro (quando la si ammetteva) era attribuita direttamente al primo atto di esercizio di un certo diritto, posto in essere dal creditore; e, a partire da una certa epoca, si convenne che tale atto di esercizio, a sua volta, era svincolato dalla necessità di una previa autorizzazione giudiziale. Di qui, derivò al nostro istituto un'ulteriore funzione di autotutela, che nessuno pensa di risuscitare perchè eccessivamente gravosa per il debitore, e perchè poco conforme con la sempre più marcata pubblicizzazione delle norme relative alla tutela dei diritti (10).

Da quanto detto, emerge che, come la dottrina insegna pacificamente da tempo, la transazione stipulata fra debitore e terzo, e così la stessa rinuncia operata dal debitore a favore del terzo, sono efficaci (salvo l'effetto di un'eventuale azione revocatoria promossa dal creditore).

L'unico dubbio possibile è il seguente: là dove la legge attribuisce al creditore l'azione contro il terzo, la permanenza del potere di disposizione del debitore è un elemento indispensabile perchè l'azione concessa al creditore si possa considerare di tipo surrogatorio?

Si pensi soprattutto all'azione attribuita ex art. 2394 cod.

---

(9) Vedi retro, § 10, p. 71 e 78.

(10) Non è per caso, che la teoria dell'azione surrogatoria con effetto di sequestro cadde pochi anni dopo che si prese a negare che il creditore, per procedere ex art. 1166 code Nap., avesse bisogno di una previa autorizzazione giudiziale (vedi ancora § 10 cit.).



civ. ai creditori sociali nei confronti degli amministratori che abbiano violato gli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale. L'art. cit., 4° co., dispone infatti che la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali, mentre la transazione conclusa fra società ed amministratori è opponibile ai creditori (salva l'impugnativa in base ai consueti principii).

Questo disposto lascia nell'incertezza molte nozioni, e la dottrina (più che non la giurisprudenza, che ha avuto limitate occasioni di occuparsi dell'art. cit.) si è posta una serie di interrogativi: se l'art. 2394 cit. preveda un'azione autonoma (11), o meno; se tale azione miri alla reintegrazione del patrimonio sociale menomato (12) (o, come si direbbe più esattamente, se il destinatario della prestazione pretesa ai sensi dell'art. cit. sia in ogni caso la società, o il creditore); se, e da chi, l'azione possa essere esercitata in costanza di fallimento della società, e dopo la chiusura del fallimento (13); se l'azione sopravviva al concordato fallimentare (14); se sia legittimato all'azione ogni singolo creditore (15), o la generalità dei creditori nel suo insieme; se l'azione spetti al singolo pro parte, o in toto (16); se

---

(11) Per l'autonomia dell'azione vedi FRE', sub art. 2394, p. 396 (contrapponendo l'azione autonoma a quella surrogatoria); contra, BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, Milano 1950, III, p. 243 (senza però chiarire cosa si debba intendere per autonomia; l'aut. cit. considera l'azione di cui all'art. cit. come diretta).

(12) Così DE MARTINI, *Azione di responsabilità contro amministratori di società*, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1947, III, 1170; FRE', sub art. 2394 cit., p. 396; implicitamente FERRI, *Manuale cit.*, p. 232, in quanto configura l'azione concessa al creditore come azione surrogatoria. In giurisprudenza, nello stesso senso Cass. 29 aprile 1954, n. 1327, ined.

(13) Sulla questione vedi Cass. 3 settembre 1947, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1947, III, 1166, e ivi DE MARTINI, mon. cit.

(14) Per l'affermativa BRUNETTI, op. ult. cit., p. 244 e sgg.

(15) In questo senso GRECO, *Lezioni cit.*, p. 188, seguito da tutta la dottrina.

(16) Per la soluzione larga DE MARTINI, mon. cit., p. 1170. La soluzione si ispira al concetto che, poichè la cifra recuperata rientra nel patrimonio sociale, essa è destinata ad essere suddivisa fra tutti i creditori.

si tratti di responsabilità contrattuale, od extracontrattuale (17). I problemi lasciati aperti dalla lettera della norma sono anche più numerosi di quelli finora noti agli studiosi: ad es., sarà efficace contro il creditore sociale una clausola, od una speciale autorizzazione *preventiva* promanante dalla società, che scagioni l'amministratore per le conseguenze che derivano da un particolare atto negligente o imprudente, o, in modo generale, dall'agire con colpa? il credito ex art. 2394 è cedibile indipendentemente dal credito fondamentale verso la società?

Per rispondere a questi numerosi quesiti, si è configurata l'azione di cui all'art. 2394 ora come un'azione surrogatoria (18), ora come un'azione diretta e individuale (19), in base alla quale l'amministratore si troverebbe, nei confronti del creditore sociale, in una posizione non molto dissimile da quella di un fideiussore ex lege. Non manca poi, naturalmente, la gamma delle soluzioni intermedie. La prima delle due soluzioni estreme accennate urta contro l'inefficacia della rinuncia nei confronti del creditore (20); la seconda soluzione estrema sembra urtare contro l'efficacia della transazione (tanto che i suoi sostenitori si danno carico delle obiezioni che possono derivare da questa efficacia).

Per tentare di chiarire — ai fini limitati della presente trattazione — la natura dell'azione di cui all'art. 2394, conviene

---

(17) Per la natura contrattuale della responsabilità MESSINEO, *Manuale cit.*, § 152, p. 468; contra DE MARTINI, *mon. cit.*, p. 1169.

(18) Così FERRI, *Manuale cit.*, p. 232; e la Corte di Cassazione (sent. 29 aprile 1954, n. 1327 ined.).

(19) VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, Firenze 1945, I, p. 156; SALANDRA, *Manuale cit.*, n. 50; BRUNETTI, *op. cit.*, p. 243; FERRARA, *Imprenditori cit.*, p. 324; fra gli specialisti dell'azione surrogatoria, vedi nello stesso senso NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 50.

(20) Dà valore decisivo a questo argomento il NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 50 in nota. Il FERRI, *Manuale cit.*, p. 232, afferma che l'inefficacia della rinuncia del debitore principale nei confronti del creditore principale è compatibile con la natura surrogatoria del potere del creditore, e porta a suffragio il regolamento dell'accettazione di eredità da parte del creditore, contenuto nell'art. 524 cod. civ. Ma l'esempio addotto non è probante, perchè ormai la dottrina è unanime nell'escludere l'accettazione ex art. 524 dalla cerchia dei fenomeni surrogatorii.



prendere le mosse dai dati più certi e risalire via via verso quelli meno sicuri.

Ciò premesso, l'unico punto veramente sicuro sembra essere il seguente: che, almeno *dopo la rinuncia operata dalla società*, l'azione del creditore sociale non può essere un'azione surrogatoria. In via logica manca infatti, dell'azione surrogatoria, il primo requisito concettuale, in quanto il diritto fatto valere non appartiene più al debitore principale. Inoltre non si può ragionevolmente pensare che (in tale fase) l'azione del creditore miri alla reintegrazione del patrimonio sociale (il che supporrebbe che il pagamento da parte dell'amministratore avvenga nelle mani della stessa società, che certo non è titolare del credito avendovi rinunciato): il creditore agisce dunque contro l'amministratore per il risarcimento del danno proprio; e per logica conseguenza può agire soltanto per la propria parte.

Le caratteristiche della pretesa spettante al creditore sociale dopo la rinuncia da parte della società non pregiudicano peraltro il problema della struttura del potere spettante al creditore prima di tale rinuncia.

Si potrebbe innanzitutto pensare che il creditore abbia, prima della rinuncia, un semplice potere surrogatorio (e che la rinuncia operi un vero trasferimento del diritto al risarcimento dalla società al creditore). Secondo questa costruzione, il singolo creditore potrebbe chiedere, nella prima fase, l'intera cifra dovuta alla società; e, nella seconda fase, soltanto la cifra dovuta a sè (si avrebbe cioè una suddivisione dell'azione fra i vari creditori); inoltre, il creditore chiederebbe nella prima fase una condanna dell'amministratore a pagare alla società; e, nella seconda fase, una condanna a proprio diretto vantaggio.

Questa prima costruzione spiegherebbe alla perfezione l'efficacia della transazione conclusa dalla società; ed avrebbe il vantaggio di inquadrare la posizione del creditore prima della rinuncia in uno schema del tutto consueto all'interprete.

Si potrebbe però anche tentare di configurare la posizione spettante al creditore prima della rinuncia in base allo stesso

schema che ne regola la pretesa a rinuncia avvenuta. Secondo questa costruzione, il creditore avrebbe fin dall'inizio un diritto al risarcimento, pretenderebbe il pagamento nelle mani proprie, agirebbe nei limiti del danno proprio (escluso invece il maggior danno recato immediatamente alla società e mediamente agli altri creditori sociali). Questo schema offrirebbe un imponente vantaggio: di non spezzare nel tempo la posizione del creditore, ossia, di non imporre una alterazione di tale posizione, per effetto della rinuncia del creditore.

Accettando la tesi dell'azione diretta, il creditore sociale si troverebbe, nei confronti della società e dell'amministratore, in una posizione non molto diversa da quella del locatore principale nei confronti del conduttore principale e del subconduttore. Il creditore sociale potrebbe pretendere il pagamento sia dalla società sia dall'amministratore; quest'ultimo, a sua volta, potrebbe essere convenuto sia dal creditore sociale, sia dalla società; le pretese, peraltro, verrebbero fatte valere dai vari legittimati per ottenere il pagamento nelle mani proprie.

Si osservi ancora che il potere di transazione, riservato dalla legge alla società, non costituisce di per sé un ostacolo insuperabile alla teoria dell'azione diretta. Ciò non dipende certo dall'osservazione comunemente ripetuta (ma decisamente inaccettabile), secondo cui con la transazione si reputa reintegrato nel modo più conveniente il patrimonio sociale (21). La ragione della compatibilità fra diritto del creditore e potere di tran-

---

(21) Vedi la corrente osservazione in SALANDRA, *Manuale* cit., I, n. 50; FRE', sub art. 2394 cit., p. 397. Questa considerazione risale alla Relazione al codice.

Se qui l'estinzione dell'azione del creditore dipende concretamente dall'avvenuta reintegrazione del patrimonio sociale, dovrebbe essere attribuito al giudice il potere di accertare di volta in volta se tale reintegrazione ha avuto luogo; ma la legge non riconosce al giudice questo potere. Qui si tratterebbe, se mai, di una reintegrazione presunta; ma allora varrebbero le consuete considerazioni, che inducono a respingere dal campo dei fatti giuridici il cosiddetto fatto presunto iuris et de iure (su questo punto vedi la mia *Buona fede* cit., p. 17 e seg.); sì che l'estinzione dell'azione del creditore dovrebbe farsi risalire alla transazione, e non all'avvenuta reintegrazione del patrimonio.



sazione riservato alla società è un'altra: in taluni casi, il nostro diritto conosce la figura di un titolare di diritto (ed inoltre destinatario della prestazione), la cui posizione può essere frustrata arbitrariamente da un contitolare dell'azione (così, ad es., il beneficiario della stipulazione a favore di terzi ha, prima di accettare, un vero diritto alla prestazione; ma il suo diritto si può estinguere o modificare se lo stipulante e il debitore si accordano in tale senso); o, se si vuol usare questo linguaggio, il nostro diritto conosce alcune figure di sostituti sostanziali legittimati a compromettere, ridurre, e financo rinunciare, i rapporti facenti capo al sostituto, stabiliti dalla legge nell'interesse comune del sostituto e del sostituito (la presenza di un interesse dello stipulante si ricava, nel caso dell'art. 1411 cod. civ., dal requisito posto esplicitamente dal 1° co. di tale art., e inoltre dal potere di azione riconosciuto allo stipulante; e, nel caso dell'art. 2394, la presenza dell'interesse della società sarebbe insita — una volta accettata la costruzione in esame — nel fatto che l'obbligo dell'amministratore avrebbe due soggetti attivi: la società, e il creditore sociale).

Per le ragioni ora dette, il potere di transazione riservato alla società non è incompatibile con la spettanza di un'azione diretta al creditore sociale. Viceversa, esso sembra chiaramente incompatibile con la perfetta identità della posizione del creditore prima e dopo la rinuncia operata dal creditore. Prima di tale rinuncia, il creditore sociale avrebbe infatti (sempre secondo la teoria dell'azione diretta), nei confronti dell'amministratore, una pretesa la cui permanenza è rimessa al libitum della società; mentre in seguito la sua pretesa diverrebbe incondizionata (22), poichè sarebbe assurdo riconoscere alla società (che già ha rinunciato all'azione propria) il potere di transigere in ordine all'azione del creditore sociale.

Se è vera questa constatazione, si deve revocare in dubbio

---

(22) Formalmente la rinuncia da parte della società opererebbe nei confronti della posizione del creditore nel modo come la dichiarazione di volerne approfittare, emessa dal terzo beneficiario di cui all'art. 1411, opera sulla posizione dello stesso beneficiario.

l'argomento sopra addotto a favore della natura diretta dell'azione attribuita al creditore sociale (tale argomento si fondava sulla opportunità di configurare la posizione del creditore come identica a sè prima e dopo la rinuncia della società).

A sua volta, l'attribuzione al creditore di un'azione contro l'amministratore non lascia ancora intendere se il creditore sia destinatario della prestazione. Nel nostro codice pullulano le azioni concesse all'attore perchè costringa il convenuto a prestare in favore di un ulteriore destinatario: si pensi all'azione di rilievo (esercitata dal fideiussore contro il debitore principale per costringerlo a pagare al creditore), alla stessa azione surrogatoria, ecc. E' dunque tutt'altro che insostenibile la comune affermazione, secondo cui il creditore, agendo ex art. 2394, chiede che l'amministratore « reintegri il patrimonio sociale ». Anzi, tale formulazione ha il suffragio della seguente circostanza: l'obbligo di cui all'art. 2394 importa una prestazione di risarcimento di danni; l'obbligo di risarcimento normalmente presuppone la violazione di un rapporto (assoluto o relativo) (23); nel caso che abbiamo sotto gli occhi, il rapporto precedente sussisteva solo fra amministratore e società (e non, fra amministratore e creditore), tanto è vero che il creditore non avrebbe il mezzo tecnico per far recedere l'amministratore dalla sua cattiva amministrazione (24). Se è vero che l'ammi-

---

(23) Quest'affermazione, com'è noto, è discussa: al ragionamento che segue si potrà attribuire o negare validità, a seconda che si ritenga di attribuire o negare validità alla premessa.

(24) Conforme alla tendenza già manifestata in un'altra parte del lavoro, qui si suppone che l'antigiuridicità di un comportamento trovi il suo sintomo più sicuro nella presenza di un'azione volta a far cessare il comportamento, e non già nella comminatoria di una responsabilità per danni. Però le questioni relative (troppo ampie e complesse per essere anche solo accennate in questa sede) sono controverse.

NICOLO', sub art. 2900 cit., p. 50, in armonia con la sua soluzione, afferma senz'altro il diritto dei creditori a che gli amministratori osservino « gli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale ». La soluzione accolta nel testo cozzerebbe contro una obiezione decisiva, se si dovesse accogliere l'affermazione di FERRARA (*Imprenditori* cit., p. 324), secondo cui la responsabilità potrebbe derivare anche da un comportamento obiettivamente lecito nei confronti



nistratore è tenuto ad amministrare bene solo verso la società, l'azione di responsabilità attribuita ai creditori dovrebbe essere l'azione per il risarcimento dei danni cagionati dalla violazione del dovere di bene amministrare, e così sembra giustificarsi la comune affermazione or ora messa in evidenza.

Queste argomentazioni (non sviluppate, finora, dalla dottrina) potrebbero appoggiare la tesi, secondo cui il destinatario della prestazione di risarcimento sarebbe (fino al momento della rinuncia) la società.

Tuttavia, contro queste considerazioni sembra costituire un ostacolo la dizione del 1° co. dell'art. 2494: tale comma, parlando di una responsabilità dell'amministratore *verso il creditore*, sembra attribuire a quest'ultimo non solo il potere di azione, ma altresì il beneficio della prestazione. Infatti l'espressione usata dal comma cit. non risulta mai usata dal codice per contemplare un semplice potere di azione disgiunto dalla destinazione della prestazione dovuta. Sembra perciò che l'azione del creditore sociale sia, anche prima della rinuncia da parte della società, un'azione diretta. Il potere di transazione riconosciuto alla società costituisce un non insolito esempio di potere di operare con efficacia sulla sfera giuridica altrui (potere di sostituzione, nel linguaggio oggi accolto da buona parte della dottrina) (25).

Dopo quanto si è detto in tema di azione di responsabilità, non è il caso di spendere molte parole per definire il potere di cui all'art. 2939 cod. civ. (secondo cui la prescrizione, la quale giovi al debitore, può essere opposta dai creditori anche se il debitore vi ha rinunciato). L'inefficacia della rinuncia nei confronti del creditore serve ad escludere che, a rinuncia avvenuta, l'eccezione di prescrizione operi *de iure debitoris* (26).

---

della società (l'aut. cit. fa rientrare in questa ipotesi il caso di un amministratore che abbia abusivamente distribuito utili fittizi, col consenso degli azionisti).

(25) Sulla sostituzione (processuale e sostanziale) vedi oltre, §§ 27 e 28.

(26) Esattamente CICU, *Obbligazioni* cit., p. 64; AZZARITI e SCARPELLO, in *Commentario* SCIALOJA e BRANCA, sub art. 2939; D'AVANZO,

Ma, anche nella fase anteriore, il potere in esame non può essere un potere surrogatorio, sia perchè non presuppone il pericolo, sia perchè è concesso a chiunque vi abbia interesse, e non al solo creditore (su questo problema vedi retro, § 18). Poichè il potere di eccepire la prescrizione è un potere allo stato puro, qui non sorge l'ulteriore problema relativo alla desti-

---

*Surrogatoria* cit., p. 198 (in tema di art. 2112 cod. civ. 1865); e, con loro, la dottrina dominante. La soluzione viene estesa anche alla fase anteriore alla rinuncia.

Sostengono la natura surrogatoria del rimedio de quo NICOLO', sub art. 2900 cit., p. 61 e sgg., e MESSINEO, *Manuale* cit., § 108, p. 146. Taluno potrà sorprendersi che il NICOLO' accolga una simile soluzione, dopo aver negato (proprio sul riflesso dell'inefficacia erga creditores della rinuncia della società) la natura surrogatoria dell'azione di responsabilità di cui all'art. 2394. In realtà, la soluzione ultima delineata si basa anche sulla considerazione che l'azione del creditore contro l'amministratore tende ad operare (almeno dopo la rinuncia della società) sui rapporti fra creditore ed amministratore, mentre l'eccezione di prescrizione tende pur sempre ad operare sul rapporto fra debitore e terzo. L'osservazione del NICOLO' è preziosa, tuttavia la soluzione da lui accolta sembra criticabile per due ragioni:

innanzi tutto, il potere del creditore di eccepire la prescrizione non può essere, dopo la rinuncia del debitore, l'esercizio di un diritto altrui; è un agire con effetto sul patrimonio altrui, e nell'interesse anche altrui, ma non è — si ripete — un esercizio di diritto altrui;

in secondo luogo, la fattispecie che dà luogo a quel potere di eccezione prescinde dal pericolo, ed ammette surrogati dello stesso requisito del rapporto di credito.

A giudizio di chi scrive, la presa di posizione del NICOLO' non si può considerare, nell'insieme della concezione dell'azione surrogatoria accolta dall'autore cit., illogica. Essa risente però di un allargamento della categoria del potere surrogatorio (tipico del pensiero del NICOLO') verso il più lato fenomeno del potere di sostituzione (vedi già retro, § 18, p. 170) e dell'agire sulla sfera altrui.

Si ricordi che l'atto del creditore non ha nemmeno la tipica funzione revocatoria, perchè incide sui rapporti fra debitore e terzo, e non, fra creditore e terzo. Cfr. esattamente CICU, *Obbligazione* cit., p. 64; NICOLO', sub art. 2900 cit., p. 62; AZZARITI e SCARPELLO, in *Commentario SCIALOJA e BRANCA*, sub art. 2939, p. 579; contra D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 198.

Infine, una indagine dogmatica sulla struttura del potere attribuito al creditore ed all'avente interesse dell'art. 2939 presuppone accertata una serie d'altri dati: ad es., come reagiscono sul potere del creditore la transazione e la rinuncia a titolo oneroso, concluse dal debitore.



nazione economica della prestazione al debitore od al creditore (e ogni altro avente interesse). Quanto al problema dell'opponibilità al creditore (e ogni altro avente interesse) della eventuale transazione conclusa con il terzo dal titolare passivo della situazione prescritta, esso esorbita totalmente dall'ambito della presente trattazione.

Una differenza ancora più marcata esiste fra l'azione surrogatoria e la serie delle « azioni dirette » tradizionalmente note alla dottrina: l'azione del mandante contro il terzo (27), del locatore principale contro il subconduttore (28), dei dipendenti dell'appaltatore contro il committente (29), ecc. In tutti questi casi il creditore, almeno dal momento in cui procede, pretende di fungere quale destinatario in senso economico della prestazione; il fenomeno è diverso da quello regolato nell'art. 2900; piuttosto, le varie ipotesi qui esaminate sono affini a quelle di un soggetto, che esercita un diritto potestativo ad ottenere un trasferimento forzoso di un diritto altrui, od alla figura del creditore in virtù di obbligazione solidale attiva (il quale, mediante l'esercizio dell'azione, ottiene che il debitore non possa più pagare gli altri concreditori); od ancora alla figura di un cessionario ex lege che agisce contro un debitore ceduto. Gli esempi ora elencati potrebbero configurarsi come casi di azione surrogatoria solo se questa si spingesse fino ad abbracciare la cessione di diritto dal debitore al creditore ex lege, o per atto potestativo unilaterale del creditore. A questa differenza ma-

---

(27) Nozione quasi pacifica. Cfr. per tutti FERRARA, *Imprenditori* cit., p. 99; MINERVINI, *Mandato* cit., p. 103; GIORDANO, *Sulla natura giuridica dell'azione del mandante verso il terzo debitore prevista dall'art. 1705 cod. civ.*, in *Riv. dir. com.* 1953, I, 93 e sgg.; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 5 e sgg., CANTILLO, *Appunti* cit., p. 84 e seg.

Contra MESSINEO, *Manuale* cit., § 108, p. 146, per l'azione di cui al 2° co. dell'art. 1705 (senza illustrazione del problema).

(28) Anche questa nozione è pacifica. Per tutti NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 53; BARBERO, *Sistema* cit., II, p. 356; per cod. civ. 1865 cfr. D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 192 e seg.

(29) Per tutti, vedi RUBINO, *L'appalto*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1951, in *Trattato* VASSALLI, p. 51 e sgg.; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 53; CANTILLO, *Appunti* cit., p. 84 e seg.; FERRI, *Manuale* cit., p. 494.

croscopica fra i diversi effetti del procedimento ex art. 2900 da un canto, e dei procedimenti ora menzionati dall'altro, si aggiunge la difformità fra le fattispecie che danno luogo alle diverse situazioni (il mandante, il locatore, ecc., possono agire indipendentemente dal pericolo).

§ 22. - PRETESA IMPOSIZIONE AL DEBITORE DEI CARICHI DERIVANTI DAL PROCEDIMENTO DI CUI ALL'ART. 2900.

Prima di affrontare la questione generale relativa all'incidenza dei carichi (spese, oneri, esecuzione del giudicato svantaggioso), vorrei prendere le mosse da un'ipotesi circoscritta di esercizio di diritti in via surrogatoria: e cioè, dall'esempio del creditore che chiede ex art. 2900 la rescissione di un atto compiuto dal debitore, e viziato dallo stato di pericolo, o dallo stato di bisogno, in cui si trovava il debitore.

Va premesso che l'azione di rescissione vien posta dalla dottrina in prima linea, fra le azioni che il creditore può esperire ex persona debitoris (1). Tuttavia, la dottrina non ha mai affrontato a fondo il problema che sorge da questa constatazione: nella maggior parte dei casi (e cioè, in tutti i casi in cui venga rescisso un contratto con prestazioni corrispettive) procederanno dalla sentenza non solo conseguenze favorevoli al debitore, ma anche conseguenze favorevoli al terzo (e, reciprocamente, non solo conseguenze sfavorevoli al terzo, ma anche conseguenze sfavorevoli al debitore).

Infatti, la sentenza di rescissione arrecherà al debitore la perdita immediata di azioni e diritti, o l'imposizione di doveri derivanti dalla *condictio indebiti*, che il terzo potrà intentare contro di lui; tali sacrifici possono essere superiori ai vantaggi che gli procura la stessa sentenza. Spesso non si potrà nemmeno

---

(1) L'azione di rescissione costtut la primissima applicazione di azione proposta dal creditore ex persona debitoris fuori del fallimento. Sotto il cod. abrogato vedi, per l'esperibilità di questa azione in via surrogatoria, D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 343. Sotto il codice nuovo, la tradizione si conserva con NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 148.



dire ictu oculi se questi ultimi vantaggi prevarranno sui danni, o viceversa: quando il vantaggio sia dato dall'acquisto della *condictio indebiti* contro il terzo, il valore di questo nuovo credito dipende anche dalla solvibilità dell'obbligato.

Tutto ciò impone al debitore, che per avventura volesse intentare l'azione rescissoria, l'assunzione di un certo rischio. La decisione di promuovere l'azione presupporrà la valutazione della convenienza e dell'opportunità della sentenza di rescissione.

Poichè la dottrina recente ha formulato in chiari termini il principio (implicitamente ammesso da tutti), secondo cui il creditore non può mai sostituirsi al debitore nel valutare la convenienza e l'opportunità di un atto di disposizione (2), dovremmo attenderci che la dottrina e la giurisprudenza escludano le azioni di rescissione dal novero di quelle che il creditore può esercitare *ex persona debitoris*.

Come spiegare, dunque, l'opposta soluzione comunemente accolta?

Qualcuno forse penserà che sul formarsi dell'insegnamento tradizionale abbia influito la sproporzione fra le prestazioni, a cui le leggi di tutti i tempi hanno subordinato il potere di chiedere la rescissione; che a questa sproporzione corrisponda per reciprocità il vantaggio del debitore, il cui contratto venga rescisso per iniziativa del creditore; che l'ipotesi (alquanto elaborata) della sentenza di rescissione da cui deriva al debitore una semplice *condictio indebiti* contro un terzo fallito o insolubile (mentre deriva a carico del debitore la perdita — supponiamo — della cosa acquistata a condizioni inique) sia tanto marginale da indurre gli scrittori a trascurarla.

Se anche così fosse, non mancherebbe qualche buona ragione per ricercare ed elaborare la soluzione da adottare per questi casi peregrini. Ma si può aggiungere che la dottrina migliore e la giurisprudenza prevalente ammettono l'esercizio di poteri di impugnativa da parte del creditore, anche là dove

---

(2) La formulazione del principio costituisce un merito del NICOLO', sub art. 2900 cit., *passim*.

la legge concede quest'impugnativa a prescindere dalla sproporzione delle prestazioni che le parti hanno assunto su di sè con la conclusione del negozio. Basti ricordare, a questo proposito, il potere di chiedere l'annullamento, a cui la dottrina seria riserva un trattamento non dissimile da quello visto sopra in tema di rescissione (3): eppure può ben avvenire che l'errante, il raggirato, il minacciato, il minore, ecc., non ritraggano dall'annullamento un vantaggio superiore alla perdita che subiscono. Può anche darsi che, in taluni casi, l'annullamento sia vantaggioso per il creditore che proceda ex art. 2900, e svantaggioso pel debitore (così quando l'annullamento abbia l'effetto di far rientrare nel patrimonio del debitore beni di facile realizzo, e farne uscire beni che, per il debitore, hanno un valore soggettivo superiore al prezzo di mercato, ma non si presterebbero ad una fruttuosa subasta). A questo punto si deve

---

(3) In tema di annullamento, la tradizione ha un inizio più recente, e la dottrina è meno ricca.

Per l'affermativa vedi NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 148.

Di contraria opinione è il GIOIA, *Azione surrogatoria* cit., p. 171, che limita la proponibilità dell'azione all'ipotesi dell'atto compiuto dal condannato in istato di interdizione legale, in quanto solo per questa ipotesi l'art. 1411, 2° co., cod. civ., attribuisce la legittimazione a « chiunque vi ha interesse ». L'equivoco dell'aut. cit. è ovvio: una volta ritenuto che l'annullamento per causa diversa dall'interdizione legale possa essere richiesto dal creditore in base all'intrinseco contenuto dell'art. 2900, è chiaro che non occorrerebbe un rinvio a tale art. da parte della norma fondamentale sulla legittimazione all'annullamento (contenuta nel 1° co. dell'art. 1411 cit.).

In giurisprudenza, una sentenza, preoccupandosi degli effetti dannosi che l'annullamento può produrre sul patrimonio del debitore, stabilì: « Il creditore non può agire in danno al debitore; perciò non può far valere con costui danno una nullità che la legge ha stabilito solo a favore del debitore » (App. Firenze 1 aprile 1889, in *Annali* 1890, 79). Il problema però risulta spostato: come stabilire quando una certa pronuncia di annullamento sia « in danno » del debitore?

In via di principio, peraltro, la giurisprudenza tiene ferma la legittimazione del creditore all'azione di annullamento: vedi Cass. Roma 11 aprile 1892, in *Corte supr. Roma* 1892, II, 108, e Cass. Torino 6 ottobre 1905, in *Giur. tor.* 1905, 1545 (si trattava di annullamento per incapacità dovuta in un caso alla minore età e nell'altro caso all'interdizione del debitore).



aggiungere che, in tema di annullamento, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza si sforzano di temperare in qualche modo la soluzione adottata in tema di rescissione: ma questi temperamenti, lungi dal rafforzare la soluzione eliminandone gli inconvenienti, mancano di una base veramente impeccabile, e mostrano soltanto il disagio in cui si trovano i sostenitori della legittimazione del creditore all'impugnativa del negozio; gli stessi fautori di questa legittimazione appaiono infatti insoddisfatti delle conseguenze, a cui il principio conduce (4).

Maggiori riserve vengono avanzate dagli scrittori quando si passi dall'impugnativa per l'annullamento alla domanda di risoluzione (5).

In ordine all'esercizio del riscatto, la giurisprudenza am-

---

(4) Per la giurisprudenza, vedi App. Firenze 1 aprile 1889, segnalata nella nota prec.

Per la dottrina, vedi soprattutto NICOLO', sub art. 2900 cit., p. 148; ivi l'aut. cit., turbato dal danno che può risentire il debitore incapace dall'annullamento del contratto, sottopone la legittimazione del creditore al requisito dell'approvazione degli organi giudiziari tutelari. Però, con questo criterio, non si spiega perchè i debitori non incapaci non debbano godere di un'analoga protezione.

(5) La giurisprudenza, al solito, è pronta a concedere l'azione al creditore, anche quando si tratti di contratti ad esecuzione periodica o continuata: Così App. Bologna 21 aprile 1891, in *Riv. giur. Bologna* 1891, 140; stessa Corte, sent. 8 maggio 1939, mass. in *Temi emil.* 1939, 145. (Un trattamento diverso subisce invece il potere di dar disdetta: vedi Cass. 30 marzo 1926, in *Foro it.* 1926, I, 911, che negò al nuovo conduttore il potere di licenziare il conduttore precedente ex persona del comune locatore).

La dottrina, più larga sotto l'impero del codice abrogato, tende alla restrizione sotto l'impero del codice nuovo. Ad es. FERRARA, *Azione surrogatoria* cit., p. 1404, attribuiva al creditore l'azione di risoluzione per adempimento, mentre NICOLO', sub art. 2900, va in diverso avviso (p. 114).

NICOLO', sub art. 2900 cit., p. 148 e p. 114, attribuisce al creditore l'azione di risoluzione per sopravvenuta onerosità, ma non quella per inadempimento, per la presunzione che solo la prima (a differenza della seconda) sia legalmente destinata, in modo univoco, alla rimozione di un pregiudizio nocivo al debitore.

mette la legittimazione del creditore, mentre la dottrina propende oramai per la negativa (6).

Comunque si spieghi la negazione della legittimazione del creditore al riscatto, alla risoluzione, all'annullamento (o ad alcuni di questi procedimenti), si dovrebbe — per ragioni analoghe — negare la legittimazione del creditore anche all'azione di rescissione. In tutti i casi ora elencati, l'azione postula una scelta dell'attore, condotta attraverso alla valutazione della convenienza dell'atto, e tale da sacrificare il potere di valutazione del debitore.

Se si vuole invertire quest'ultima proposizione, si può dire che quel preteso carattere strettamente personale del potere di impugnativa del negozio, che la dottrina fa derivare dal legame che sussiste tra buon uso del potere e congrua valutazione della convenienza dell'atto, sussisterà in tutte le ipotesi

---

(6) La tradizione si occupò spesso della legittimazione del creditore al riscatto. Però la storia di questo peculiare istituto si sviluppò in modo autonomo, senza legami diretti con la storia dell'azione surrogatoria generale (vedi retro, p. 64). Sotto il vecchio codice l'art. 1521, 2° co., risolveva testualmente (in modo affermativo) il problema, se il creditore potesse procedere al riscatto, ma non diceva se il bene riscattato ai sensi di tale art. rientrasse nel patrimonio del creditore, o del debitore. Accolta la prima soluzione, si poteva domandare se il creditore potesse anche recuperare il bene a vantaggio del debitore mediante il procedimento surrogatorio tipico.

Il nuovo codice non ha riportato il comma cit., ma tutto lascia intendere che — non essendovi ragione di immaginare un rivolgimento normativo su tale punto — il potere di riscatto non rientri nella categoria dei poteri che non possono essere esercitati, ai sensi dell'art. 2900, se non dal loro titolare. Se dunque si vuole escludere il riscatto dall'ambito del potere surrogatorio, bisognerà cercare un altro fondamento.

Sotto il nuovo codice, escludono il potere di riscatto del creditore RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato CICU e MESSINEO*, Milano 1952, p. 777 (in base all'asserita personalità del potere), NICOLO', sub art. 2900 cit., p. 117 sgg. (per le ragioni che si diranno tra breve nel testo).

In giurisprudenza vedi (per la tesi tradizionale) Cass. 10 agosto 1948, in *Sett. Cass.* 1948, 245, e Cass. 23 luglio 1953, n. 2484, in *Foro pad.* 1954, I, 375 (nel primo dei due casi menzionati si trattava però, in realtà, di una cessione di patto di riscatto pro solvendo).



finora elencate (azione di rescissione, risoluzione ed annullamento, dichiarazione di riscatto e di risoluzione), o non sussisterà in alcuna di esse.

Si deve dunque constatare che la dottrina ammette in via di principio l'esercizio dei diritti potestativi da parte del creditore, e che poi arretra di fronte a talune conseguenze dello stesso principio.

Un autore consapevole di questa disarmonia ha formulato una ingegnosa linea di demarcazione, destinata a circoscrivere l'ambito dei diritti potestativi suscettibili di esercizio in via surrogatoria: rientrerebbero in tale confine quei poteri che sono diretti (in base alla loro configurazione normativa) a reintegrare una menomazione od un pregiudizio sofferto dal soggetto, e cioè il potere rivolto all'annullamento, alla rescissione, alla risoluzione per sopravvenuta onerosità; ne rimarrebbero fuori quei poteri che si innestano su di una valutazione dell'interessato indipendente da una finalità normativa del tipo avanti accennato (7).

Senonchè la soluzione così proposta non elimina ogni possibile dubbio. Quando si dice che l'azione di annullamento è legalmente diretta a reintegrare una menomazione, questa prima proposizione deve armonizzarsi con l'esperienza comune, secondo cui può ben darsi che un minore, un errante, un soggetto minacciato (specie se la minaccia proviene da terzi) concludano contratti vantaggiosi. Perciò, delle due l'una: o si ammette che l'annullamento tenda sempre alla reintegrazione di una menomazione, e si aggiunge che per una disarmonia tra la norma e il suo scopo spesso la norma opera là dove lo scopo manca; o si ammette che l'attribuzione del potere di annullamento tenda semplicemente a conferire all'interessato un potere discrezionale di optare per la conservazione del negozio, o per la sua eliminazione, a seconda che, in base al concreto contenuto del negozio *e delle vicende successive* (variazioni di prezzo sul mercato, solvibilità della controparte, ecc.), l'annul-

---

(7) NICOLÒ', sub art. 2900 cit., luoghi citt. nelle precedenti note.

lamento appaia vantaggioso o meno. La prima delle due soluzioni cozza, come si è visto, contro l'irrilevanza del pregiudizio in tutti i casi diversi da quello dell'incapacità naturale. Ma, se anche si volesse passare sopra a questa divergenza fra norma e (presunta) ratio, l'attribuzione al creditore del potere di chiedere l'annullamento deve essere affermata o negata in base al vero effetto dell'impugnativa, e non già, in base ad una (presunta) ratio dell'istituto di annullamento, che si assume in ipotesi essere sproporzionata e divergente rispetto al contenuto della norma. Il creditore deve fare i conti con l'effetto economico *dell'annullamento*, e non già con *il vizio del contratto*.

Più genericamente, si può aggiungere che lo sforzo di elaborare un criterio casistico intermedio fra l'attribuzione e la negazione del potere di impugnativa del creditore, lungi dal condurre ad una soluzione tranquillante per l'interprete, riconferma il disagio della dottrina di fronte al problema dell'esercizio in via surrogatoria di poteri aventi un effetto misto (pro parte vantaggioso e pro parte dannoso).

L'ambito del problema ora messo in luce è più vasto di quanto sembra a prima vista.

Infatti, comunemente si vede affermato che la necessità di valutare la convenienza e l'opportunità di un atto di gestione sorge solo sul terreno dell'esercizio di diritti potestativi. Quando il creditore fa valere contro il terzo una pretesa del debitore (così si suol dire) sussisterebbe a priori la certezza che il risultato dell'azione è conveniente al debitore.

Anche quest'ultima affermazione è alquanto aprioristica, e l'esperienza del diritto applicato costringe a dissentire da una simile generalizzazione.

Talora, infatti, un creditore ha agito contro il terzo chiedendone la condanna a versare al debitore quanto aveva promesso in sede di contratto preliminare di mutuo. In questi casi, soprattutto se si tratta di mutuo oneroso, l'iniziativa del creditore mira ad un risultato grave di conseguenze per il debitore, il quale, pel fatto di aver ricevuto a mutuo il capitale, si vedrà obbligato a restituire una somma maggiore.



Anche nell'ultimo esempio proposto, un prius dell'esercizio del diritto dovrebbe dunque consistere nella valutazione della convenienza e dell'opportunità dell'esperimento di quella data azione, considerata come atto di gestione complesso (modo di realizzazione di un diritto, e, nel contempo, di assunzione di un obbligo).

Ma, a parte il caso limite dell'azione derivante da preliminare di mutuo (a cui si può aggiungere l'azione per la consegna della cosa che il terzo ha locato al debitore, l'azione per la restituzione della cosa locata dal debitore al terzo tutte le volte che, essendo scaduto il contratto, il terzo si disponga a godere della cosa senza titolo, corrispondendo l'indennità di cui all'art. 151 cod. civ., ecc.), si può dire che anche in via generale ed astratta l'esercizio (specie se giudiziale) di una pretesa porta con sè conseguenze onerose per il titolare della pretesa. Basti pensare al carico di oneri fiscali e di spese giudiziali, ed ulteriormente all'eventualità che si formi un giudicato sfavorevole.

Quella questione, che inizialmente ho presentato come un semplice problema di specie (perdite derivanti dalla rescissione, ed eccedenza di tali perdite rispetto ai vantaggi cagionati dalla stessa rescissione) assume perciò una portata generalissima, ed involge l'intero campo dell'esercizio dei diritti e delle azioni del debitore ad opera del creditore. Esso si può formulare così: può il creditore esercitare i diritti del debitore quando l'esercizio di questi diritti determini a carico del debitore la perdita di diritti o l'imposizione di doveri? se la risposta è affermativa, può il creditore esercitare i diritti del debitore con il risultato di arrecare al debitore perdite ed imposizioni più gravose di quanto non lo siano gli acquisti e gli sgravii che gli vengono procurati con il medesimo procedimento? ove la risposta sia negativa, con quale metro si dovranno misurare queste perdite e questi vantaggi?

Impostato così il problema, il criterio del divieto (posto a carico del creditore) di sostituirsi al debitore nella valutazione della convenienza di un determinato atto di gestione diviene inservibile. La stragrande maggioranza delle ipotesi di eser-

cizio dei diritti del debitore (e la totalità dei procedimenti giudiziali) importa carichi e perdite sicuri, oltre a carichi e perdite eventuali (maggiore aggravio di spese nel caso di soccombenza, formazione di un giudicato sfavorevole): per cui, in tutti questi casi, il creditore non potrà procedere in via surrogatoria, senza la previa valutazione dell'opportunità globale degli effetti dell'atto. L'ambito del potere del creditore si ridurrebbe, secondo il criterio in esame, a ben poco: all'interruzione delle prescrizioni mediante atti stragiudiziali, e poco più (8).

E allora, dato che trattasi di un problema di grande rilievo pratico, viene fatto di domandare: per il passato com'è stato risolto il problema? e la giurisprudenza, in pratica, come ha risolto fino ad oggi le questioni dipendenti da questo problema centrale?

A questa domanda, credo di poter rispondere che la storia dell'istituto e la prassi giurisprudenziale moderna additano concordemente la soluzione seguente del problema: tutti i carichi derivanti in modo immediato dall'esercizio di un diritto o di un'azione del debitore, esperito dal creditore, sono posti a carico del solo creditore procedente; il creditore può agire solo a questo prezzo; e naturalmente, se accetta di sobbarcarsi questo carico, è libero di procedere all'esercizio di qualsiasi diritto potestativo del debitore (poco importa al debitore, una volta accolta la premessa ora illustrata, se i carichi che ne derivano sono superiori o inferiori ai vantaggi).

A questa prima osservazione, aggiungo che la retta soluzione del problema deve ispirarsi, a mio giudizio, proprio a questi precedenti storici e giurisprudenziali.

Cercherò di dimostrare le enunciazioni ora formulate.

---

(8) Piuttosto di questo criterio troppo limitativo, bisognerebbe accettare, semmai, il criterio dell'estrema larghezza, il cui temperamento sarebbe insito nella seguente circostanza: che il debitore, se non gradisce l'esercizio del diritto operato dal creditore, può sempre rinunciare allo stesso diritto (trannechè il terzo a sua volta non dichiara ai sensi dell'art. 1236 cod. civ. di non volerne approfittare; il che avverrà proprio quando il terzo spera di avvantaggiarsi per le inconsulte iniziative del creditore).



L'accettazione pseudosurrogatoria di eredità del diritto francese consuetudinario importò ab ovo l'imposizione dei carichi al creditore accettante (9).

L'azione pseudosurrogatoria di rescissione per lesione, e così l'esercizio del riscatto da parte del creditore, non determinarono tali conseguenze, ma per una ragione semplice: che, almeno all'inizio, si aveva coscienza che i principii da applicare erano quelli validi in tema di azione pauliana (10).

Nella nostra giurisprudenza successiva alla codificazione, si conoscono varie sentenze che impongono i carichi del procedimento al solo creditore, mentre non se ne conosce alcuna, che proceda nella direttiva opposta. Si può dire di più: tutte le sentenze di cui si tratta non contengono una diffusa, elaborata dimostrazione della conformità a diritto della soluzione adottata; evidentemente, tale soluzione è apparsa ai giudici come affatto ovvia.

Per scendere ad una esemplificazione concreta, fu concesso ad un creditore di agire per l'adempimento di un preliminare di mutuo, ma a condizione che si impegnasse personalmente per la restituzione (11); ad altri creditori fu rico-

---

(9) LOUET e BRODEAU, op. cit., R. 19, a cui aderisce ARGOU, *Institution cit.*, II, p. 455 (i creditori accettano l'eredità a loro rischio, pericolo e fortuna); BOUTARIC, *Institutes cit.*, li. IV, t. VI, 6 (idem); DE FERRIERE C. J., *Dictionnaire cit.*, voce créancier (i creditori possono raccogliere una successione a nome del loro debitore « prestando cauzione di saldarne i carichi »); LEBRUN, *Traité cit.*, p. 77, ricollega l'istituto della cauzione all'epoca in cui il creditore otteneva la condanna del debitore ad accettare l'eredità; e soggiunge che la surrogazione del creditore nella posizione del debitore consentì precisamente di dispensarlo da quell'onere di cauzione, che sembrava troppo generale e troppo indefinito.

(10) MAYNARDO, *Notables questions cit.*, III, LXX, che aveva piena coscienza della funzione revocatoria della rescissione per lesione ultra dimidium accordata al creditore parla dell'esonero dalla restituzione del prezzo là dove dice: « ...la fraude y estoit fort vray semblable, et telle que peut estre suffisante pour priver l'achepteur du prix ».

(11) App. Venezia 12 agosto 1930, in *Foro Venezie* 1931, 287. Qui non interessa l'ulteriore sentenza App. Firenze 18 gennaio 1938, in *Foro it.* 1938, I, 585, che negò l'azione di cui nel testo in quanto ritenne

nosciuto il diritto di esercitare il riscatto, versando però l'occorrente di tasca propria (12).

La dottrina recente, che, nelle formulazioni generali, sembra combattere questo criterio, ne ammette però varie applicazioni parziali: così ad es. (in conformità con la prassi giurisprudenziale) ritiene che le spese giudiziali debbano essere poste a carico del creditore; ecc. (13).

---

che la promessa di dare a mutuo non partorisce (per cod. civ. 1865) azione per l'adempimento.

(12) App. Torino 1° giugno 1908, in *Giur. Tor.* 1909, 745; Cass. 23 luglio 1953, in *Foro pad.* 1954, I, 375. Quest'ultima sentenza si limitò a statuire che il rappresentante legale del minore, il quale voglia esercitare il riscatto ex persona debitoris del minore, deve munirsi delle consuete autorizzazioni. Con ciò, implicitamente, diede per pacifico che il prezzo del riscatto deve essere prelevato dal patrimonio del minore. Questo aspetto della sentenza passò inosservato. Nella rivista citata, la massima è formulata così: « Il rappresentante dei minori deve munirsi dell'autorizzazione giudiziale per esercitare [nella specie: surrogandosi al loro debitore] il patto di riscatto ».

(13) La dottrina meno recente era saldamente ancorata alla massima, secondo cui il creditore agisce a rischio proprio e vantaggio del debitore: cfr. TOULLIER, *Droit civil* cit., col. 368 e seg., secondo cui i creditori esercitano a loro rischio e pericolo tutte le azioni del debitore; BORSARI, *Commentario* cit., III, II, § 3165, p. 587, secondo cui « quello che il creditore fa non è a carico, ma a beneficio del debitore ». Per una ipotesi più limitata (e cioè per il carico di spese) cfr. DEMOGUE, *Traité* cit., p. 341 (arg. dall'imposizione al creditore straniero della cautio iudicatum solvi).

In un secondo momento, il problema venne trascurato, e solo recentemente è tornato in vista.

Il NICOLÒ ammette l'imposizione definitiva di rischi e carichi al creditore, per l'ipotesi che l'inerzia del debitore fosse giustificata (sub art. 2900 cit., p. 153); peraltro, anche per gli altri casi, dà al creditore il semplice diritto al rimborso delle spese, che presuppone il previo esborso da parte del creditore (op. cit., p. 174; sul diritto del creditore al rimborso delle spese vedi oltre, § 24). Inoltre, lo stesso autore insegna che il creditore, per paralizzare un'exceptio non adimpleti contractus proposta dal terzo, può adempiere con denaro proprio alla prestazione dovuta dal debitore (op. cit., p. 126): ed ha cura di chiarire che in tal caso l'adempimento effettuato dal creditore opera non soltanto come adempimento del terzo ai sensi dell'art. 1180 cod. civ., ma costituisce anche un momento integrante dell'esercizio del diritto del debitore (ivi).

In giurisprudenza, ha avuto cura di motivare la condanna del solo



Da quanto esposto sopra, risulta anche quale dev'essere il trattamento dell'azione di annullamento.

Stando ai principii, il creditore potrà chiedere l'annullamento dell'atto posto in essere dal debitore nei seguenti casi:

— quando si tratti di un atto, con cui si sobbarcò un sacrificio patrimoniale il solo debitore;

— quando si tratti di un atto, da cui derivarono sacrifici patrimoniali corrispettivi, purchè il sacrificio imposto al debitore dall'annullamento si concreti in una prestazione fungibile da effettuarsi a favore del terzo, e il creditore si sobbarchi questa prestazione;

— quando si tratti di un atto da cui derivarono sacrifici patrimoniali corrispettivi, se l'annullamento venga chiesto prima che il contratto abbia esecuzione, purchè al diritto (che il debitore viene in tal modo a perdere) corrisponda una prestazione fungibile, ed il creditore si sobbarchi l'adempimento di questa prestazione.

In tutti gli altri casi, l'esperimento in via surrogatoria dell'azione o dell'eccezione di annullamento sarà preclusa. La stessa regola varrà, con gli opportuni adattamenti, per le azioni o per le eccezioni di rescissione e di risoluzione.

Una precisazione è ancora necessaria: a mio giudizio, il creditore che voglia agire nei casi suddetti dovrà liberarsi dai relativi oneri prima ancora di ottenere la sentenza (di annullamento, di rescissione, o di risoluzione). Così ad es. dovrà offrire al terzo la restituzione della controprestazione prima ancora di chiederne la condanna, ecc. Questa regola si impone per la tutela del terzo, che potrebbe trovarsi a mal partito quando il creditore procedente fosse insolubile. La sua giustificazione logica è però un'altra: la liberazione del debitore dai possibili carichi non si presenta come un obbligo del creditore, ma come un presupposto perchè possa accogliersi la domanda proposta dal creditore in via surrogatoria.

---

creditore alle spese del giudizio App. Bologna 10 novembre 1933, mass. in *Temi emil.* 1934, 56 (cfr. la motivazione «perchè il creditore non può mai peggiorare la posizione del debitore»).

Naturalmente, in quei casi in cui (per contratto o per legge) il debitore risulti esonerato pel solo fatto che al solo creditore è imposto l'impegno di adempiere, il presupposto di cui sopra incomincia a sussistere ben prima dell'adempimento (questa regola varrà ad es. in tema di pagamento delle spese di giudizio o degli oneri fiscali che gravano la sentenza).

Quanto si è detto finora vale per il caso che il debitore rimanga estraneo all'esercizio del diritto. La situazione verrà profondamente modificata tutte le volte che il debitore, costituitosi in giudizio, faccia proprie le domande del creditore, o comunque aggiunga, all'esercizio del creditore, l'esercizio proprio del diritto.

§ 23. - LA SOGGEZIONE DEL DEBITORE ALLE CONSEGUENZE DEL  
PROCEDIMENTO SURROGATORIO.

Precedentemente si è messo in luce che il procedimento surrogatorio non determina un trasferimento di diritti dal creditore al debitore; che la condanna ottenuta dal creditore contro il terzo menziona, come destinatario giuridico del dovere del terzo, esclusivamente il debitore; che infine gli effetti sfavorevoli della sentenza ottenuta fra creditore e terzo operano esclusivamente a danno del creditore procedente; in una parola, si è visto che l'azione surrogatoria opera sempre a vantaggio, e non a danno, del debitore.

Però, anche il principio in esame ha i suoi limiti di validità.

Innanzitutto ci sono casi in cui il creditore, esercitando il diritto (o l'azione) del debitore, lo svuoterà completamente di contenuto, o lo consumerà. Così è ovvio che, quando il creditore agisce contro il terzo per far annullare una donazione, di cui l'ha gratificato il debitore, il bene donato ritornerà nel patrimonio del debitore, ma il concreto potere di agire in annullamento si estinguerà. Da un punto di vista strettamente formale l'atto del creditore apporterà al debitore una perdita (la consumazione del potere di agire) ed un vantaggio (il recupero di quel bene).



Il fenomeno più interessante di consumazione di diritti del debitore ad opera del creditore si ha quando il creditore si surroghi nella riscossione della prestazione, svuotando così di ogni contenuto la pretesa del debitore verso il terzo.

Che il creditore (sussistendone i soliti presupposti) possa riscuotere ex persona debitoris, non sembra dubbio; non c'è infatti seria ragione per sottrarre tale forma di esercizio del diritto del debitore alla regola contenuta nell'art. 2900 (1).

Naturalmente, anche la riscossione, se operata dal creditore, avviene ex persona debitoris, e determina a carico del creditore l'obbligo di riversare al debitore quanto ricevuto (salva ogni legittima ragione che paralizzi questo dovere: compensazione, ritenzione, autonomo diritto del creditore alla detenzione della cosa, ecc.).

L'operatività della compensazione ecc. farà sì, in taluni casi, che il creditore che si surroga nella riscossione venga a godere di fatto di un trattamento preferenziale rispetto agli altri creditori (così ad es. se taluno, creditore di una somma, si surroghi al proprio debitore inerte ed insolubile e riceva dal terzo una somma di ammontare pari al suo credito).

Perciò, se taluno ritenesse che i limiti del potere surrogatorio siano segnati dal criterio della *par condicio creditorum*, costui dovrebbe escludere la surrogazione del creditore nella riscossione tutte le volte che questa surrogazione conduce ad una violazione della *par condicio*. Sebbene questo punto abbia dato luogo a discussioni, oggi si nega che il principio della *par*

---

(1) Parte della dottrina recente non prende chiaramente posizione sul potere del creditore, di surrogarsi nella riscossione. Vedi comunque, in senso affermativo, Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 169. La dottrina antica era tutta per la soluzione positiva, per ovvie ragioni.

Il silenzio di altri autori si giustifica forse così: essi temono che, una volta proclamata la facoltà del creditore di riscuotere ex persona del debitore inerte, tale principio venga inopportunamente confuso con il diverso criterio della potestà del creditore di escludere il debitore dal corrispondente atto di esercizio del diritto; o forse, gli autori temono di aprire, attraverso la riscossione operata in via surrogatoria, uno spiraglio attraverso a cui si insinuerebbero pericolose violazioni della *par condicio creditorum*.

condicio imponga dei limiti all'attività del creditore procedente (2); infatti la par condicio opera in via di massima solo a favore dei creditori diligenti, che ne chiedano l'applicazione nei modi dovuti.

In altre parole, se, tramite la riscossione e la successiva compensazione, il creditore ottiene risultati economicamente equivalenti ad un pagamento preferenziale, o ad una esecuzione individuale perfezionata in assenza dei concorrenti, ciò dipende non già dalla struttura dell'istituto surrogatorio ma dalla circostanza che di norma (salvi i casi di revocatoria del pagamento) a nessun creditore è fatto divieto di ricevere o procurarsi con mezzi leciti un soddisfacimento preferenziale (3).

---

(2) Così già FERRARA, *Azione surrogatoria* cit., p. 1405; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 89; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 15.

Come si è detto a suo tempo, però, una robusta corrente giurisprudenziale italiana fa risalire il principio, secondo cui l'azione surrogatoria non importa un trasferimento forzoso di diritti a favore del creditore procedente, esclusivamente al principio della par condicio creditorum. Accolta questa premessa, si dovrebbe per coerenza escludere la surrogazione del creditore nella riscossione tutte le volte che questa surrogazione conduce ad una violazione della par condicio.

(3) Com'è noto, l'art. 67, 2° co., legge fallim. sottopone a revoca i pagamenti operati dal fallito quando sussistono determinate circostanze. Ma tale norma è applicabile al soddisfacimento ottenuto dal creditore mediante una riscossione effettuata in via surrogatoria?

La risposta deve essere negativa. La riscossione effettuata dal creditore non è « pagamento »: essa è modo di estinzione del debito del terzo, e fonte di un'obbligazione di rendiconto e pagamento, posta a carico dell'accipiens. A sua volta, questa obbligazione si compensa con il credito dell'accipiens verso il creditore. La compensazione è opponibile al fallimento (art. 56 legge fallim.).

E' evidente che in questo modo la legge assicura una ingiustificata scappatoia al creditore che ha proceduto alla riscossione in via surrogatoria. Ma la scarsa equità della norma in esame dipende esclusivamente dal principio dell'art. 56 cit., che si presta egregiamente a svuotare di pratico contenuto il principio della revoca dei pagamenti fraudolenti. Si pensi infatti a questo esempio limite: se il debitore paga 100 al creditore, e poi fallisce, il pagamento viene revocato; se invece il creditore sottrae delittuosamente al debitore i 100 che il debitore gli deve, e poi il debitore fallisce, allora il creditore può trattenere i 100, allegando l'avvenuta compensazione.

Una volta riconosciuto che l'art. 56 si presta a questi giochetti,



In definitiva, la riscossione effettuata in via surrogatoria rientra perfettamente nella logica del 1° comma dell'art. 2900, e ne costituisce una piana applicazione: se è vero che con la riscossione il creditore spoglia definitivamente il debitore del potere di esercitare il credito, ciò rientra semplicemente e pianamente nella regola generale (che si è messa in vista poco fa) per cui il creditore priva sempre il debitore del potere di compiere quel concreto atto di esercizio, in cui il creditore, procedendo, lo previene.

Se i casi di consumazione del potere di esercizio, e dell'intero diritto, finora esaminati, non conducono ad un impoverimento per il debitore, se non in casi eccezionali (4), sussiste però un ulteriore caso, in cui il debitore è assoggettato ad un'iniziativa del creditore, e deve subirla anche quando gli sia dannosa.

A tale caso, regolato espressamente dal 2° comma dell'art. 2900, bisognerà dedicare una certa attenzione.

L'art. 2900, 2° comma, prescrive che il creditore, il quale voglia procedere giudizialmente contro il terzo, chiami in causa anche il debitore principale, a cui intende surrogarsi.

Com'è noto, il comma cit. si prefisse semplicemente di risolvere un grosso problema processuale che aveva affaticato gli interpreti del code Napoléon e del codice italiano del 1865:

---

non ci si può stupire se si presta a proteggere anche il creditore che ha proceduto in via surrogatoria.

(4) Normalmente l'impoverimento del debitore è scongiurato per questa ragione: che, mentre si consuma il suo diritto contro il terzo, egli acquista contro il creditore il diritto di ricevere ciò che il terzo ha versato a quest'ultimo; ovvero, si avvantaggia degli effetti dell'atto compiuto dal creditore (ad es., si consuma il suo potere di agire in revindica, ma egli rientra in possesso della cosa, ecc.). Il valore degli effetti utili del procedimento sarà sempre uguale o superiore al valore del potere o del diritto consumato dal creditore.

A questa regola fa eccezione l'ipotesi del creditore insolubile. Si supponga che il creditore percepisca 100 dal terzo ex persona debitoris; e che poco dopo (prima che abbia riversato 100 al debitore) fallisca. Il debitore (nei limiti in cui non gli sia possibile compensare la sua obbligazione verso il creditore con il suo controcredito derivante dalla riscossione effettuata dal creditore stesso) ne subirà una perdita netta.

il problema dell'efficacia, nei confronti del debitore, della sentenza emessa fra creditore e terzo, inaudito debitore.

Ma la reale portata del comma in esame va assai più in là, e non si esaurisce nell'ambito meramente processuale.

Per rendersene conto, si conduca il seguente raffronto: quale sarebbe l'efficacia del giudicato promosso dal creditore (con o senza chiamata del debitore) in assenza del 2° comma dell'art. 2900? e qual'è l'efficacia assicurata al giudicato dal disposto dello stesso 2° comma?

In assenza del 2° comma la situazione normativa sarebbe identica a quella che già sussisteva sotto l'impero del cod. civ. precedente, e che, com'è noto, sfociava in una lacuna.

Al problema dell'efficacia del giudicato promosso dal creditore contro il terzo senza chiamare in causa il debitore, la dottrina dava soluzioni disparate, ispirate:

- a) al criterio della inutilità del giudicato;
- b) al criterio della validità perfetta di tale sentenza;
- c) al criterio dell'efficacia della sola sentenza favorevole al debitore.

Fra i sostenitori dell'invalidità della sentenza in esame, non era affatto pacifico come questa invalidità operasse (se si convertisse in motivo di gravame, se rendesse inutile la sentenza, ecc.).

Per completezza, si può ricordare che i sostenitori della teoria del diritto autonomo sostanziale (reale) spettante al creditore su tutti i beni formanti oggetto della garanzia generica non propugnarono la soluzione (che avrebbe dovuto discendere logicamente dal sistema da loro accolto) secondo cui — potendo la garanzia generica estendersi fuori del patrimonio del debitore — la sentenza favorevole ottenuta dal creditore contro il terzo non sarebbe opponibile dal debitore contro il terzo.

Infine, non risulta che i seguaci del sistema dell'efficacia della sentenza *secundum eventum litis* abbiano tratto da questa premessa l'ulteriore conseguenza necessaria: per cui la sentenza favorevole al terzo, in quanto inopponibile al debitore, non dovrebbe nemmeno pregiudicare i poteri spettanti al creditore sui beni formanti oggetto della lite; una volta ammesso



il potere del creditore su tutto il patrimonio del debitore non si giustificerebbe una deroga nemmeno per il caso in cui il creditore, agendo *ex persona debitoris*, abbia visto respinta la sua azione con una sentenza di cui si dia per certa l'inefficacia di fronte al debitore ed al suo patrimonio.

Fra tutte queste soluzioni sostenute sotto l'impero del codice abrogato, quale era esatta? e (cosa che interessa più direttamente in questa sede) quale sarebbe esatta in assenza del 2° co. dell'art. 2900?

Per rispondere, sarà bene prendere le mosse da un'osservazione. Si supponga che (non sussistendo nel nostro codice il 2° comma cit.) il creditore agisca contro il terzo, e che, dalle risultanze del giudizio, il diritto fatto valere non risulti sussistente.

In tal caso, dalla stessa potenziale soccombenza del creditore risulterà che egli, lungi dall'esercitare un diritto del debitore, ha semplicemente preteso di far valere un inesistente diritto del debitore (il che non rientra affatto nei poteri concessigli dal 1° co. dell'art. 2900); e che per altro verso gli atti giudiziali da lui compiuti erano perfettamente inidonei ai fini di « assicurare che siano soddisfatte e conservate le sue ragioni ». Quando si legge in un recentissimo lavoro sull'azione surrogatoria (in cui si accoglie la configurazione tradizionale del requisito dell'inerzia del debitore) che questa inerzia non sussiste se il debitore trascura di esercitare un diritto che non ha (5), vien fatto di domandarsi come mai un autore possa dedicare il suo tempo all'illustrazione di affermazioni tanto lapalissiane. Però, quando si leggono le discussioni durate per decenni, in Francia ed in Italia, sulla efficacia della sentenza di reiezione emessa fra creditore e terzo inaudito debitore, si prova stupore per la ragione opposta. Nessun autore, infatti,

---

(5) Si tratta di GIOIA, in *Azione surrogatoria* cit., p. 64: « ...se l'inerzia è cagionata dal fatto che il debito è estinto, che l'oggetto della prestazione a contenuto patrimoniale è perito... non può in tali casi parlarsi di trascuratezza, come motivo di esperibilità della surrogatoria ».

ha mai fatto tesoro a questi fini del principio per cui il creditore ha il potere di esercitare i diritti del debitore, ma non ha il potere di far valere i diritti che il debitore non ha. Il giudice che (alla stregua di qualsiasi legislazione che non imponga il litisconsorzio necessario fra creditore e debitore) intenda per ragioni di merito negare il (preteso) diritto del debitore, fatto valere dal creditore, dovrebbe ad un tempo affermare che difettano i presupposti stessi del potere surrogatorio, e che, comunque, il creditore ha agito fuori dell'ambito di tale potere. La situazione che ne deriva è certo singolare perchè solo la deliberazione del merito consentirebbe di accertare se i presupposti del potere d'azione del creditore sussistono, o meno. Tuttavia sembra di dover concludere che, nell'ipotesi formulata, il giudice dovrebbe respingere la domanda proposta dal creditore per difetto di legittimazione dell'attore o, più genericamente, per difetto dei presupposti del potere surrogatorio (6). Si osservi ancora che l'impossibilità di dar torto al debitore in forza di un giudizio promosso dal creditore sussisterebbe anche quando il debitore sia stato chiamato in giudizio dal creditore, e sia rimasto contumace, o, comparendo, abbia omissso di unirsi alle domande del creditore. Infatti, l'impossibilità di pronunciare sul merito nel caso ora prospettato deriverebbe non già dalla formale violazione del principio del contraddittorio, ma da un diverso succedersi di circostanze, che possono così riassumersi: difetto dei presupposti

---

(6) Evito di proposito di esaminare a fondo se il difetto di rapporto fra debitore e terzo incida sulla legittimazione del creditore. Mi sembra certo, in ogni modo, che incida sui presupposti del potere surrogatorio. Infatti, mancando tale rapporto, non può sussistere il « pericolo di uno svantaggio patrimoniale cagionato dall'inerzia del debitore ». La dottrina, comunemente, annovera addirittura il rapporto fra debitore e terzo fra i presupposti del potere surrogatorio (vedi NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 65 sgg.), rendendo ancora più certo il punto di vista qui accolto.

Così stando le cose, il difetto dei presupposti del potere surrogatorio è incompatibile con l'estensione al debitore degli effetti del giudicato formatosi tra creditore e terzo (vedi ulteriormente nel testo).



del potere di azione del creditore, non sanato nell'unico modo possibile (e cioè, mediante la proposizione della domanda da parte del debitore).

Ciò premesso, il difetto dei presupposti del potere surrogatorio, o l'esorbitanza del creditore dall'ambito del suo potere, porterà con sè questa conseguenza: che l'eventuale sentenza ottenuta fra creditore e terzo non potrebbe aver forza di giudicato nei confronti del debitore, e non sarebbe opponibile a quest'ultimo.

Il ragionamento dovrebbe essere invertito, qualora il creditore riesca a dimostrare che il debitore ha un diritto verso il terzo; in tale caso, non potrebbero muoversi obiezioni di principio a che la sentenza sia efficace.

La situazione diverrebbe certo più complicata se la soccombenza del terzo non fosse integrale: così se, ad es., il creditore chiedesse 100, e la sentenza condannasse il terzo a pagare 50.

Dalle ipotesi finora viste, si distinguerebbe il caso in cui il terzo sollevi un'eccezione in senso stretto. Il creditore non è certamente legittimato passivo alle eccezioni, per cui toccherebbe al terzo di subire le conseguenze svantaggiose dell'assenza del debitore dal giudizio. Se una sentenza, erroneamente emessa nell'assenza del debitore, decidesse ad un tempo sull'azione proposta dal creditore e sulle eccezioni del terzo, la sua efficacia sarebbe la seguente: per quanto concerne l'azione essa sarebbe efficace se l'esito della domanda è stato favorevole; mentre, per quanto concerne le eccezioni, essa sarebbe inefficace comunque, essendo emessa tra soggetti, di cui uno non era legittimato al contraddittorio.

I risultati della ricostruzione ora profilata (profilata in modo solo ipotetico, perchè suppone non scritto il 2° co. dell'art. 2900) non coincidono dunque nemmeno con il criterio dell'esito della lite; in tema di eccezione (e, a fortiori, di domanda riconvenzionale) proposta dal terzo, nemmeno la mancata prova del fondamento dell'eccezione o della domanda riconvenzionale potrebbe giovare al debitore assente dal giu-

dizio: il giudice, lungi dal respingere l'eccezione o la domanda riconvenzionale, dovrebbe dichiarare la mancata legittimazione passiva del creditore a tale eccezione od a tale domanda (7).

Se è vero che questi risultati non coincidono alla perfezione con il criterio del «*secundum eventum litis*», tuttavia essi si troverebbero in perfetta armonia con il principio generale per cui il creditore, procedendo in via surrogatoria, può acquistare e conservare al debitore diritti e doveri, ma non può di regola imporgli oneri perdite od altri svantaggi.

Come reagisce su tali (ipotetici) risultati la presenza del 2° comma in esame?

Il legislatore, imponendo al creditore di chiamare in giudizio il debitore, non ha certo voluto riaffermare il criterio secondo cui i successi giudiziali del creditore giovano al debitore, mentre la domanda del creditore *ex persona debitoris* non può mai essere respinta nel merito (la reiezione dovendo avvenire, se del caso, per difetto dei presupposti del potere del creditore); l'imposizione dell'onere di chiamata in giudizio sta a significare, reciprocamente, che tale chiamata deve pure avere una qualche rilevanza positiva. Una volta chiamato in causa il debitore, il giudizio di merito si può svolgere anche in sua contumacia o, in genere, nonostante la sua inattività processuale: e l'esito del giudizio, quand'anche sia sfavorevole, gli è opponibile.

Queste ultime osservazioni sono assolutamente pacifiche. Che la chiamata in giudizio del debitore serva a rendergli opponibile anche la sentenza sfavorevole era già affermato da tutti sotto l'impero del codice abrogato, poichè i dubbi sull'efficacia della sentenza emessa senza la chiamata del debitore venivano fatti derivare (a torto) dal difetto di contraddittorio anzichè dal difetto dei presupposti del potere dell'attore.

Sebbene in sede di applicazione della norma tutti siano così sicuri dell'efficacia *erga debitorem* della sentenza, non si

---

(7) Per non appesantire la trattazione, trascurò di menzionare gli effetti che deriverebbero, una volta proposta dal creditore la domanda di accertamento negativo in punto all'eccezione od alla domanda riconvenzionale.



può certo dire che, in sede dogmatica, qualcuno si sia reso conto della notevole portata del principio.

Si osservi, a questo proposito, che il potere, spettante al creditore, di agire in giudizio ex art. 2900, non si trova sullo stesso piano su cui si trova invece il suo potere di procedere stragiudizialmente. Quando il creditore agisce in giudizio, ha un onere ed un potere in più. Un onere in più, perchè il suo potere di azione è subordinato all'avvenuta chiamata in causa del debitore. Un potere in più, perchè, una volta effettuata questa chiamata, egli può mettere il debitore in condizione di dover subire — volente o nolente — tutte le alee del giudizio.

Quest'ultimo potere, a rigore, non ha un carattere surrogatorio, perchè implica non già un mero esercizio dei diritti del debitore da parte del creditore, ma una completa soggezione del debitore a tutti gli effetti (favorevoli o sfavorevoli) di una iniziativa del creditore.

Si deve dunque dire che il creditore esercita, stragiudizialmente, i diritti del debitore, e, giudizialmente, i *presunti* diritti del debitore; o, se si vuole, il generico potere di agire del debitore.

Si deve dire del pari che il creditore procede, stragiudizialmente, ai soli atti idonei a cautelare le sue ragioni, mentre procede, giudizialmente, quando sia idonea alla funzione cautelare la *eventuale ipotetica* emananda sentenza che accolga la sua domanda.

Ne deriva che, in sede giudiziale, il creditore agisce non solo a vantaggio ma anche in pregiudizio del debitore (8).

Si potrebbe peraltro domandare, ancora oggi, se il creditore possa esercitare in sede giudiziale un potere surrogatorio in senso stretto: se possa, cioè, senza chiamare in giudizio il debitore, agire contro il terzo (con il risultato di vedere respinta la domanda per difetto dei presupposti del suo potere, se le

---

(8) Il pregiudizio del debitore può derivare dalla sopravvenuta impossibilità di transigere un rapporto litigioso obbiettivamente incerto; dalla scelta di un momento poco adatto per la trattazione della vertenza (ad es.: per l'assenza di un teste influente); ecc.

risultanze in punto al merito gli sono contrarie; e di vederla accolta, con efficacia erga debitorem, nel caso opposto).

Posto così il problema, è ben chiaro che la risposta deve essere negativa. Come si è già accennato, l'art. 2900, 2° co., attribuisce al creditore che voglia agire giudizialmente non solo un potere in più, ma anche un onere in più. Per ovvie ragioni pratiche, la legge impone il litisconsorzio con una norma a carattere cogente, che non consente al creditore di scegliere tra il processo con due soggetti (creditore e terzo) ed il processo con tre soggetti (creditore, debitore e terzo).

Peraltro, la risposta or ora formulata non dice nulla intorno ad un caso, che certo il legislatore non ebbe presente nel dettare l'art. 2900: se è vero che il nuovo codice ha limitato la *probabilità* che una sentenza venga emessa tra creditore e terzo senza la previa chiamata del debitore in causa, tuttavia non è impossibile che, per ignorantia iuris del creditore e del giudice, per una nullità della citazione notificata al debitore (nullità non sanata, e non rilevata dal giudice), per una erronea individuazione della persona del debitore, ecc., l'inconveniente, di tanto in tanto, si verifichi.

E' tuttora attuale, perciò, il problema teorico dell'efficacia della sentenza emessa fra creditore e terzo, senza partecipazione del debitore al giudizio.

Il dubbio verrebbe facilmente chiarito se si potesse dire in modo sicuro quali siano in genere gli effetti di una sentenza, formalmente passata in giudicato, emessa con violazione dei principii sul litisconsorzio necessario.

Nel silenzio della legge sul punto, la dottrina processualistica si orienta verso l'idea che l'assenza di taluni litisconsorti necessari non produca, o almeno non produca sempre, la completa inutilità del giudicato (in senso formale) (9).

---

(9) Le tre teorie sull'effetto giuridico della violazione del litisconsorzio necessario sostengono rispettivamente:

che il giudicato emesso in violazione è inutiliter datum (così ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, Milano 1955, 5ª ed., I, p. 310 e sgg.);

che il giudicato emesso in violazione è talora inutiliter datum,



Senza voler risolvere il grave problema ora enunciato, si deve mettere in rilievo una peculiarità del litisconsorzio di cui all'art. 2900, 2° co., che lo contrappone ad altre ipotesi di litisconsorzio necessario.

A questo fine si deve richiamare ancora una volta l'ideachave del nostro istituto, per cui non esiste un rapporto giuridico fra creditore e terzo, ma soltanto una coppia di rapporti (fra creditore e debitore, e fra debitore e terzo); e per cui, inoltre, il solo rapporto dedotto nel giudizio è quello istituito fra debitore e terzo (10). Si supponga ora che il creditore agisca contro il terzo e soccomba nel giudizio. La sentenza dichiarerà che il terzo non è tenuto ad adempiere *verso il debitore*. Ove sia consentito al debitore di intentare in seguito un analogo giudizio, e questi uscisse vittorioso, il giudicato deciderà in ordine all'identico rapporto, su cui ha deciso la sentenza precedente. Tra le due sentenze sussisterà una vera incompatibilità logica.

Nell'ipotesi ora svolta la sentenza ottenuta dal debitore

---

e talora no, a seconda del fondamento della necessità del litisconsorzio (D'ONOFRIO, *Commento cit.*, I, p. 175);

che il giudicato ha sempre una qualche efficacia, almeno provvisoria (così già ALLORIO, *Cosa giudicata cit.*, p. 286 e sgg.; CARNELUTTI, *Istituzioni nuovo proc. civ. it.*, Roma 1951, 4ª ed., I, p. 258 e sgg.; SATTA, *Diritto processuale cit.*, p. 115). Questa efficacia potrebbe farsi consistere: nella piena operatività della sentenza fra le sole parti che hanno preso parte al giudizio; nella operatività della sentenza di fronte a tutte le parti finchè il litisconsorte assente non la impugni con l'opposizione di terzo rendendola inefficace nei propri riguardi; nella operatività della sentenza di fronte a tutte le parti, finchè il litisconsorte assente non promuova l'opposizione di terzo con il risultato di renderla inefficace nei confronti di tutti.

(10) Per una dimostrazione più completa, vedi oltre, § 33. Ove anche si ritenesse di ammettere l'esistenza di un rapporto giuridico fra creditore e terzo, il contenuto di tale rapporto si adeguerebbe costantemente al contenuto del diritto del debitore, e soggiacerebbe a tutte le vicende di quest'ultimo: per cui la portata pratica del ragionamento condotto nel testo non ne uscirebbe scalfito.

Si può osservare come perfino i sostenitori del potere surrogatorio come diritto su diritto altrui non abbiano mai sollevato il problema della possibile divergenza di ambito fra diritti assoggettati al diritto del creditore, e diritti spettanti al debitore.

profitterà anche al creditore, che, purchè ricominci a sussistere il presupposto del pericolo di insolvenza del debitore, potrà farla eseguire (procedendo sempre in via surrogatoria).

Il fenomeno così descritto è ben diverso da quello che si delinea in altre ipotesi di litisconsorzio necessario. Se l'usufruttuario ottiene la meglio in un giudizio confessorio formatosi (per errore delle parti e del giudice) nell'assenza del proprietario, mentre quest'ultimo soccombe in un giudizio analogo istituitosi successivamente fra il proprietario e il titolare del fondo servente, le due sentenze non hanno oggetto identico: la prima condannerà il titolare del fondo servente a sopportare l'esercizio della servitù da parte dell'usufruttuario, finchè duri l'usufrutto; la seconda, assolverà il convenuto dalla pretesa del proprietario del fondo vicino. Sopportare le ingerenze dell'usufruttuario, e sopportare le ingerenze del proprietario, costituiscono fenomeni concettualmente distinti.

Si deve invece escludere che la sentenza ottenuta dal creditore possa essere efficace nei confronti del creditore, e, nello stesso tempo, inefficace nei confronti del debitore: poichè, se è ammissibile che una stessa situazione giuridica venga ora affermata e ora negata, e che così si determinino due difformi decisioni giudiziali *nei confronti di soggetti diversi*, sarebbe invece assurdo che una certa situazione venisse ora affermata e ora negata, dando luogo a due difformi decisioni giudiziali fra un identico titolare di diritto ed un identico titolare di dovere.

Perciò (comunque si voglia risolvere il problema generale della sanzione delle norme sul litisconsorzio necessario) in ordine al particolare litisconsorzio regolato dall'art. 2900 non può valere in alcun caso la teoria, secondo cui la sentenza emessa in assenza di un litisconsorte sarebbe efficace nei confronti delle parti presenti in giudizio (11). (Ciò si dice, senza dimenticare

---

(11) Ciò vale per le due costruzioni seguenti:

per la costruzione secondo cui la sentenza è operativa fin dall'inizio nei confronti delle sole parti presenti nel giudizio;

per la costruzione secondo cui la sentenza è provvisoriamente



che — a prescindere dai principii sul litisconsorzio necessario — la sentenza sfavorevole, in cui culmini il giudizio promosso dal creditore contro il terzo senza chiamata in causa del debitore, è inutiliter data per difetto dei presupposti del potere del creditore, come si è già dimostrato).

Parlando degli effetti della sentenza ottenuta dal creditore ai sensi dell'art. 2900, 2° co., si è delineata una figura di soggezione del debitore ad un potere del creditore. Il fenomeno così descritto rappresenta il prototipo (e, sembra, l'unico caso) di vero e proprio assoggettamento del debitore ad un'iniziativa del creditore.

Per completezza bisognerà però ricordare che al procedimento surrogatorio va (indirettamente) ricollegata la nascita di un ulteriore debito gravante sul debitore.

Se il potere del creditore si rivolge (salva l'eccezione di cui al 2° co. dell'art. 2900) essenzialmente contro il terzo, tuttavia alcuni fenomeni accessori, gravitanti intorno al procedimento surrogatorio, operano anche contro il patrimonio del debitore.

A suo tempo si è visto, infatti, che il creditore deve caricarsi tutti gli oneri del procedimento surrogatorio, mentre il debitore ne gode tutti i benefici. Però, a risultati ottenuti, il creditore potrà chiedere un regolamento dei conti, secondo le comuni regole dell'arricchimento (12).

---

operativa nei confronti di tutti i litisconsorti (presenti ed assenti), ma viene resa inefficace *nei confronti del solo litisconsorte assente* dall'opposizione di terzo proposta dallo stesso litisconsorte assente.

(12) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 174, ritiene che al creditore spetti l'azione ex negotiorum gestione. La questione è certo delicata. Si deve propendere per la soluzione negativa, soprattutto quando si ammette che gli effetti della negotiorum gestio, posti dalla legge a carico del gestore, nel nostro caso non si verificano (vedi NICOLÒ, loc. ult. cit.: ivi si esclude che il creditore, dopo aver iniziata una determinata attività complessa ex persona debitoris, abbia il dovere di portarla a compimento. Sul raffronto fra procedimento surrogatorio e gestione di affari altrui, vedi retro, § 13, p. 116 e seg.).

Si noti che il NICOLÒ, ai fini della concessione dell'azione ex negotiorum gestione, intende il requisito dell'utiliter coeptum in modo

Questa ulteriore vicenda di rapporti giuridici, che si verifica nella sfera giuridica del creditore e del debitore, non è un effetto diretto dell'atto del creditore. Essa è piuttosto la conseguenza di una fattispecie complessa, in cui intervengono: gli acquisti, o le mancate perdite, di cui il debitore ha beneficiato in conseguenza dell'attività del creditore; e le perdite patrimoniali sobbarcatesi dal creditore per portare a buon fine il suo procedimento.

Si può ancora notare, sempre per completezza, che in taluni casi il creditore potrà proporre un'analoga azione di arricchimento, anzichè contro il debitore, contro i concreditori che si sono avvantaggiati dell'aumento (o della mancata diminuzione) del patrimonio formante oggetto della garanzia generica.

§ 24. - I LIMITI QUANTITATIVI DEGLI EFFETTI DELL'ATTO POSTO IN ESSERE DAL CREDITORE.

Di tanto in tanto affiora nella dottrina il problema dei limiti quantitativi degli effetti dell'atto posto in essere dal creditore in via surrogatoria. Il problema può essere schematizzato così: se colui che è creditore per 100 interrompe la prescrizione del debito di 1000, che il terzo ha nei riguardi del debitore, l'interruzione opera per 100, o per 1000?

Per maggiore illustrazione, si può ricordare come l'atto surrogatorio possa essere posto in essere dal creditore quando sussista il semplice pericolo di insolvenza del debitore. Tale pericolo è correlativo non solo all'ammontare del credito del soggetto che intende procedere, ma anche all'ammontare di ogni altra passività presente nel patrimonio del debitore, e infine alla possibilità che, nelle more intercorrenti fra la proposizione del-

---

alquanto lato, per cui il creditore che abbia proceduto contro il terzo con la normale diligenza avrebbe sempre il diritto al rimborso delle spese (anche se ad es., per un fatto imprevedibile, non si potrà recuperare nulla dal terzo). Inteso così il requisito in esame, l'attribuzione dell'azione ex negotiorum gestione al creditore verrebbe a violare ben gravemente il principio direttivo secondo cui il procedimento surrogatorio opera a beneficio e non a danno del debitore.



l'atto in via surrogatoria e il soddisfacimento delle ragioni del creditore, sorgano nel patrimonio del debitore altre passività.

Una volta che il creditore ha proceduto in via surrogatoria, può darsi che il debitore non contragga nuove obbligazioni, e che i concreditori rinuncino ai proprii crediti o vengano soddisfatti; se la valutazione del pericolo, condotta prima dell'esercizio del diritto, suggerì al creditore di cautelarsi con una certa larghezza, è ora possibile al terzo, sulla base del nuovo stato di fatto creatosi, far valere la eliminazione o una riduzione degli effetti dell'atto del creditore? Inoltre: se il creditore di 100 ha conservato al debitore un bene che vale 1000, il terzo può far valere la limitazione a 100 degli effetti dell'atto del creditore?

La risposta positiva appare di tanto in tanto nella dottrina. Gli argomenti che possono suffragarla sono abbastanza chiari: perchè sacrificare gli interessi del terzo quando l'iniziativa del creditore (fin dall'inizio, od in base a circostanze sopravvenute) si dimostri eccessiva rispetto allo stesso interesse dei creditori?

Si vedano ora le conseguenze, a cui deve portare l'accoglimento di queste argomentazioni.

In primo luogo, ovviamente, si dovrebbe ammettere il venir meno di quegli effetti del procedimento surrogatorio, che si dimostrino eccedenti rispetto all'ammontare totale delle passività del debitore.

Un problema tecnico più delicato sorgerebbe tutte le volte che il bene recuperato dal creditore fosse indivisibile. Se ad es. il creditore agisce contro il terzo per l'annullamento della donazione di un quadro, il cui valore sia superiore alle passività del patrimonio del debitore, come opererà la protezione riservata al terzo? Evidentemente, gli effetti dell'annullamento non potranno operare pro parte e venir meno per il resto. Qualcuno penserà forse che si debba attendere l'esproprio e la vendita del quadro, per restituire al terzo la cifra che residerà dopo il soddisfacimento dei creditori. Ma questa soluzione suppone che avvenga necessariamente l'esproprio e la

subasta del bene (1). Cosa avverrebbe invece se, dopo il procedimento surrogatorio, il debitore alienasse ancora una volta il bene recuperato dal creditore, ovvero quando il debitore, improvvisamente arricchitosi dopo la conclusione del procedimento surrogatorio, provveda altrimenti al pagamento dei creditori, ovvero quando i creditori, per un qualsiasi motivo, omettano di agire esecutivamente contro il debitore?

Per rispondere a questa domanda, si potrebbe pensare addirittura che il limite quantitativo degli effetti del procedimento surrogatorio coincida non già con l'ammontare del passivo facente capo al debitore, ma con la quantità di beni che in concreto verranno espropriati ad iniziativa dei creditori (2). Nè la risposta sarebbe illogica rispetto alla premessa: una

---

(1) Il filo del ragionamento sarebbe diverso se si ammettesse che al creditore, che ha proceduto in via surrogatoria, spetta un privilegio sul bene che ha conservato o recuperato al debitore. La costituzione di un privilegio a favore del creditore procedente è però giustamente negata dalla dottrina e dalla giurisprudenza unanimi (da ultimo, Cass. 7 luglio 1941, in *Dir. e prat. comm.* 1941, II, 269, e Cass. 31 gennaio 1950, n. 241).

In Francia si manifesta qualche propensione per la soluzione opposta *de iure condendo*: cfr. per tutti PLANIOL, RIPERT e ESMEIN, op. cit., n. 923, p. 227; e BOSC, *Étude* cit., ultime pagine.

In realtà, un privilegio di tale fatta sarebbe ben poco giustificato. Nemmeno il pignoramento attribuisce al creditore procedente un privilegio. Ben meno opportuno sarebbe un privilegio fondato sull'atto surrogatorio: ciò sia per ragioni pratiche (il debitore, colludendo con i creditori non privilegiati, potrebbe ugualmente disperdere i beni su cui grava il privilegio, e pagare con il ricavato i creditori non privilegiati), sia per ragioni di giustizia (manca la ragione della protezione del creditore procedente), sia anche perchè talora l'acquisto o la conservazione di un bene al patrimonio del debitore possono essere frutto dell'attività combinata di più creditori, o di un creditore e del debitore (ad es.: a intervalli di tempo si succedono ad opera dei diversi soggetti più atti interruttivi della prescrizione; oppure, un creditore agisce giudizialmente, e, dopo la prima sentenza di rigetto, un altro creditore appella ed ottiene una sentenza favorevole).

(2) Naturalmente, accolta questa concezione, sarà sempre possibile che, nelle more comprese fra il procedimento surrogatorio e il procedimento esecutivo, il bene venga assicurato con un sequestro o con altro atto conservativo. Questa osservazione però non sposta i termini del problema.



volta ammesso che gli effetti dell'iniziativa surrogatoria vengano meno se risultino indifferenti rispetto all'interesse dei creditori, questa indifferenza si verifica puntualmente ogni qual volta il soddisfacimento dei creditori si attui con mezzi diversi da quelli recuperati mediante il procedimento surrogatorio.

Peraltro, un sistema che limitasse gli effetti del procedimento surrogatorio al quantum concretamente sottoposto dai creditori ad esecuzione forzata non si potrebbe nemmeno dire congruente, per la ragione che segue.

Se fosse vero che il creditore, procedendo contro il terzo, non può conservare e recuperare beni al debitore *senza che gli stessi siano ulteriormente sottoposti ad esecuzione forzata*, ciò vorrebbe dire chiaramente che egli, in realtà, non conserva e non recupera nulla per il debitore in quanto tale, e che conserva e recupera esclusivamente per sè: ma se questa premessa fosse vera, egli agirebbe per la protezione (conservazione ed aumento) della massa assoggettata ad esproprio (o, come si suol dire, della massa che forma oggetto della sua garanzia generica) e non, per la protezione del patrimonio del debitore. Una volta ammesso questo dato, non si sfuggirebbe ad un'altra conseguenza: poichè la sfera che forma oggetto della garanzia generica di un creditore non coincide necessariamente con la sfera che forma oggetto dalla garanzia generica di un altro creditore, il recupero di un bene alla prima sfera non significa ancora recupero di un bene alla seconda. Reciprocamente, non si comprenderebbe più come un creditore inoperoso possa aggredire quei beni che, senza far parte del patrimonio del debitore, sono stati attratti nella garanzia generica di un creditore più diligente.

Questa struttura degli effetti del procedimento surrogatorio avvicinerrebbe alquanto il nostro istituto al procedimento revocatorio. Taluni dei precedenti storici del nostro istituto sortivano gli effetti ora indicati, precisamente perchè erano ispirati all'azione pauliana, di cui costituivano una modificazione (3).

---

(3) Il testo allude all'accettazione di eredità da parte del creditore, regolata dal diritto consuetudinario francese. Gli scrittori del-

E' però sicuro che un'azione, concessa al creditore ai fini dell'integrazione e della conservazione dell'oggetto della ga-

l'epoca parlano sempre di un'eredità accettata dal creditore in toto, escludendosi qualsiasi accettazione parziale, anche quando l'ammontare dell'eredità eccedesse i bisogni dei creditori. L'istituto non mirava però ad una rigorosa equivalenza dell'atto del creditore e di quello del debitore, tanto è vero che, se (una volta soddisfatti i creditori) rimaneva inutilizzata una parte dell'eredità, questa spettava non già al debitore, ma agli eredi più prossimi a quello che ha rinunciato » (in questo senso, testualmente, l'art. 278<sup>o</sup> della coutume normanna).

Si assisteva così ad un interessante sdoppiamento dei limiti quantitativi, entro cui operava l'atto pseudosurrogatorio: il creditore si surrogava in un atto eccedente rispetto all'interesse suo e dei concorrenti; ma, a liquidazione dell'eredità avvenuta, veniva impressa all'*id quod superest* la destinazione che avrebbe dovuto competergli ove il creditore non avesse mai proceduto all'accettazione.

L'istituto francese dell'accettazione di eredità ad opera del creditore non può purtroppo essere utilizzato come precedente della moderna azione surrogatoria *ai fini del problema in esame*, per due opposte ragioni.

In primo luogo, se l'accettazione di eredità da parte del creditore investiva momentaneamente l'intero compendio ereditario, ciò si spiega tenendo presente la natura dell'atto di accettazione, che non può mai avvenire *pro parte*.

In secondo luogo, se la parte esuberante dell'eredità veniva in seguito retrocessa al terzo, questo effetto (perfettamente congruente con i principii che oggi valgono in tema di azione revocatoria) potrebbe essere collegato con la natura fondamentalmente revocatoria (e solo apparentemente surrogatoria) dell'accettazione di eredità. L'azione revocatoria, sia perchè reagisce ad una frode del debitore, sia perchè non opera attraverso al mezzo tecnico della equivalenza fra gli atti del creditore e quelli del debitore, non arricchisce mai il debitore. Ma un discorso diverso si deve fare in ordine all'istituto surrogatorio in senso stretto.

Gli altri precedenti storici dell'azione surrogatoria (eccezione surrogatoria concursuale, azione di rescissione, ecc.) non ci insegnano nulla in ordine al problema ora messo in evidenza.

Per quanto riguarda la vecchia concezione del procedimento surrogatorio con efficacia di cessione coattiva di azione, il problema ivi si poneva e si risolveva diversamente: infatti si riteneva che il creditore non potesse nemmeno iniziare un'azione per una cifra superiore a quella dovutagli; all'incirca, si potevano applicare all'azione surrogatoria le norme relative al pignoramento. Questa soluzione lasciò poi varie tracce nella dottrina francese successiva.



ranzia generica del creditore, non può essere un esercizio dei diritti *del debitore*. Ulteriormente, un'azione concessa al creditore per proteggere tutta e solo la garanzia generica dovrebbe logicamente estendersi anche fuori del patrimonio del creditore, per giungere a quei beni che, pur essendo estranei al patrimonio del debitore, siano attratti nella garanzia (beni alienati dal debitore mediante atti successivamente colpiti dalla azione revocatoria, beni costituiti in pegno ed ipoteca, beni su cui gravi un privilegio, ecc.).

Ciò premesso, il nostro sistema positivo accoglie tutte queste conseguenze?

Innanzitutto, è elementare l'osservazione che, secondo il linguaggio del legislatore, il creditore esercita diritti e azioni « spettanti al debitore ». Basterà prendere alla lettera le parole della legge per inferirne: che il diritto fatto valere dal creditore non è un potere relativo alla garanzia generica, ma il diritto presente nel patrimonio del debitore. L'esercizio del diritto spettante al debitore sarà il recupero o la conservazione di un bene al patrimonio del debitore, e non, alla sfera giuridica assoggettata al potere di esecuzione del creditore. L'assoggettamento del bene all'esecuzione sarà l'ulteriore conseguenza dell'appartenenza di quel dato bene al debitore. Ovviamente, l'appartenenza del bene al debitore lo renderà accessibile non solo all'esecuzione promossa dal creditore attivo, ma anche a quella promossa da ogni altro concreditore. Più propriamente, l'immediata funzione del procedimento surrogatorio si esaurisce completamente nella conservazione od integrazione del patrimonio del debitore; tutto il seguito (esecuzione promossa dal creditore) ne è un corollario non indispensabile. Per conseguenza, purchè tutti i presupposti del procedimento sussistano nel momento in cui il creditore agisce, tutti gli effetti del procedimento sono destinati a verificarsi senza limitazione alcuna, e senza possibilità alcuna di future risoluzioni (4).

---

(4) Ciò spiega varii corollarii messi in rilievo della dottrina migliore: ad es., la circostanza che il creditore non può convenire con il terzo di rendere inoperanti gli atti già posti in essere in via surrogatoria.

Così, secondo la lettera della legge. Sussistono peraltro ragioni speciali che giustifichino un'interpretazione antiletterale della norma?

Fin dal momento in cui si è impostato il problema in esame, si è visto che la doppia ragione che milita per una limitazione degli effetti del procedimento surrogatorio si riduce essenzialmente: alla sopravvenuta carenza di interesse del creditore, una volta che egli si sia soddisfatto su beni diversi da quelli recuperati al debitore, o su una frazione di tali beni recuperati; all'interesse del terzo, che si trova esposto alle iniziative di ogni creditore, anzichè a quelle del solo debitore.

Orbene, a questo interesse del terzo fa riscontro un interesse generale alla piena conservazione degli effetti del procedimento del creditore.

Infatti, se gli effetti del procedimento instaurato dal creditore fossero limitati nel senso detto sopra, il debitore sarebbe stimolato a rinnovare per conto proprio tutti gli atti già posti in essere dal creditore. Ulteriormente, subirebbe lo stesso stimolo ogni concreditore. Ogni singola azione giudiziale promossa da uno dei creditori dovrebbe essere rinnovata più e più volte dal debitore e dai concreditori. Il mezzo tecnico della efficacia definitiva erga debitorem dell'atto del creditore garantisce invece la massima economia di giudizi e di attività stragiudiziali.



---

## CAPITOLO IV.

### **Qualifica giuridica del potere spettante al creditore in base all'art. 2900 cod. civ.**

SOMMARIO: § 25. - Generalità. — § 26. - Fenomeno surrogatorio e rappresentanza. — § 27. - Rappresentanza nell'interesse del rappresentante e sostituzione. — § 28. - Il negozio civilistico posto in essere in nome proprio sul patrimonio altrui. — § 29. - Fenomeno surrogatorio e legittimazione all'atto. — § 30. - Fenomeno surrogatorio e spendita del nome. — § 31. - Il creditore procedente senza spendita del nome. — § 32. - Potere surrogatorio, diritto a compiere l'atto, diritti sopra diritti, e diritto potestativo. — § 33. - Potere surrogatorio e diritto soggettivo. — § 34. - Ambito del potere surrogatorio. Rinvio alla parte speciale.

#### § 25. - GENERALITÀ.

La dottrina si è sforzata da tempo di elaborare ed inquadrare dogmaticamente la posizione del creditore, qual'è regolata dall'art. 2900.

A tal fine, gli autori hanno preso le mosse dal dato empirico, consistente nel nesso causale che lega all'atto del creditore certe conseguenze nella sfera patrimoniale del terzo e del debitore; o (con altre parole) consistente nella equivalenza fra gli effetti dell'atto del creditore e gli effetti dell'atto del debitore.

Questa equivalenza di risultati non esaurisce certo la figura regolata dall'art. cit. Nel fenomeno surrogatorio converge infatti l'ulteriore autonomo potere, spettante al creditore, di costringere il debitore a subire la formazione di un giudicato. Inoltre,

la qualifica giuridica della posizione del creditore può risentire l'influenza di una serie di dati, che sono estrinseci rispetto al semplice nesso causale intercorrente fra l'atto del creditore e le conseguenze che la legge gli riconnette.

Fra questi dati, estrinseci rispetto al semplice legame causale che annette certi effetti all'atto del creditore, ricorderò soprattutto la residua disponibilità (presso il debitore) del rapporto fatto valere dal creditore. E' chiaro che la semplice potenziale disponibilità del diritto da parte del debitore non influisce sull'attuale rapporto di causa ed effetto fra comportamento del creditore e conseguenze nella sfera giuridica del creditore e del terzo. Quanto al concreto atto di disposizione compiuto dal debitore; esso (supposto sempre che, con l'opinione dominante, accolta anche nella presente trattazione, lo si debba ritenere efficace) non inciderà mai sul contenuto di quel dato empirico messo in evidenza sopra (nesso causale fra atto del creditore ed effetti nella sfera giuridica altrui); ma, a seconda dei casi, farà venir meno i presupposti del procedimento surrogatorio, oppure eliminerà, o ridurrà, l'oggetto, su cui il creditore può operare (1).

Sebbene questa residua disponibilità del diritto da parte del debitore meriti di esercitare, ai fini della qualificazione della situazione del creditore, un'influenza di primo piano, tuttavia la dottrina, come si è accennato, ha soffermato la sua indagine dogmatica soprattutto sulla equiparazione dell'atto del creditore all'atto del debitore.

Per spiegare tale equiparazione, la dottrina è ricorsa a schemi già noti, ed usualmente utilizzati per la costruzione di altri istituti.

---

(1) La prima ipotesi (venir meno dei presupposti) si verifica qualora il debitore faccia cessare la propria inerzia e proceda contro il terzo — semprechè si ritenga che la sopravvenuta attività del debitore faccia cessare ex nunc la possibilità, per l'innanzi riconosciuta al creditore, di operare in via surrogatoria. La seconda ipotesi (eliminazione dell'oggetto su cui il creditore avrebbe potuto incidere) si verifica qualora il debitore rinunci al proprio diritto, o transiga. Nell'ipotesi che il debitore riceva dal terzo il pagamento, vengono a mancare ad un tempo i presupposti e l'oggetto dell'atto del creditore.



Grosso modo, si può dire che la dottrina francese si orienta verso la figura della procura in rem suam. I processualisti italiani hanno per tempo inquadrato il fenomeno di cui all'art. 1234 cod. civ. abr. nei casi di sostituzione processuale, ed hanno perciò considerato il creditore come un legittimato, il quale agisce in nome proprio. Presso i civilisti italiani recenti le due costruzioni sono entrambe rappresentate, l'una accanto all'altra. Ciò è divenuto possibile, una volta introdotto il concetto di sostituto in senso sostanziale.

Dalla diversa configurazione del creditore che opera ex articolo 1234 cit. si derivava, fino al 1942, la soluzione di tre problemi pratici: se la sentenza emessa fra creditore e terzo fosse opponibile al debitore; se il creditore, all'atto in cui citava in giudizio il terzo, avesse l'onere di citare anche il debitore; se al creditore potessero essere opposte le eccezioni opponibili al debitore. I primi due problemi, com'è noto, sono ora risolti testualmente dall'art. 2900 cit., 2° co., secondo cui il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi. Quanto all'ultimo problema, la sua soluzione (oggi pacifica) rimane impregiudicata anche se si nega al creditore la qualità di rappresentante.

#### § 26. - FENOMENO SURROGATORIO E RAPPRESENTANZA.

La teoria della rappresentanza (1) è stata criticata sia col contestare che il creditore agisca in nome altrui, sia con l'ob-

---

(1) Per lo sviluppo della teoria della rappresentanza in Francia vedi il § 10 della presente trattazione (note da 9 a 13, e da 27 a 38).

In Italia la teoria della rappresentanza fu sostenuta sotto il cod. civ. abrogato da varii autori (soprattutto GIORGI, *Obbligazioni* cit., II, n. 198, che parla di mandato; FERRARA F., *Natura giuridica* cit., p. 1405, che parla di rappresentanza legale o forzosa; trascurando gli altri autori, menzionerò, data l'attualità della sua opera, PUGLIATTI, *Esecuzione* cit., p. 165, lettera beta). Attualmente essa è accolta da BARASSI, *Obbligazioni* cit., III, p. 219, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine* cit., n. 59, p. 254, che parla di rappresentanza legale, da EULA, in *Commentario FINZI e D'AMELIO*, sub art. 2900 (p. 837). Si accosta alla teoria, senza accoglierla formalmente, MESSINEO, *Manuale* cit., II, II, § 108, p. 148 (cfr. l'atteg-

biezione che il creditore ha un diritto proprio a procedere, sia ancora osservando che il creditore non agisce nell'interesse del debitore, sia infine dicendo che manca, nella specie dell'azione surrogatoria, una idonea fonte della rappresentanza.

Il valore di queste obiezioni dipende, in larga misura, dal concetto di rappresentanza, che ogni singolo autore crede bene di accogliere.

Talora esso viene ridotto ad una situazione minima, che consente di allargare assai i contorni della categoria; ed allora si dice che c'è rappresentanza dovunque ci sia l'agire in nome altrui (2).

Talora invece si include nel concetto della rappresentanza, oltre all'agire in nome altrui, la presenza effettiva del cosiddetto « potere » (3) del rappresentante (4); poichè questi due requisiti determinano senz'altro la efficacia del negozio compiuto dal rappresentante sulla sfera giuridica del rappresentato, la rappresentanza in quest'ultimo senso può anche essere caratterizzata in base agli effetti del negozio (5).

Qualche volta, infine, fa capolino una concezione della rappresentanza ancora più ristretta, secondo la quale il fenomeno in esame non sussiste se, oltre all'agire in nome altrui, oltre al « potere » del gestore, non sussiste una particolare « fonte » tipica, od una particolare giustificazione tipica di tale

---

giamento ben più riservato in *Dottrina contratto* cit., p. 150 nota 17). La discussione pertanto è aperta, anche se talora la teoria della rappresentanza viene dipinta come trapassata e degna di ironia (BARBERO, *Legittimazione* cit., p. 116, n. 66).

(2) Vedi per questa concezione COVIELLO, *Manuale* cit., p. 404; GRAZIANI, *La rappresentanza* cit.; SAGGESE, *La rappresentanza* cit., p. 18; PUGLIATTI, *Conflitto di interessi* cit., p. 309 e sgg.; ora, vedi anche l'art. 1398 cod. civ., e già il § 179 B. G. B. Questa accezione non è infrequente negli autori germanici.

(3) In questa sede, sarebbe fuori luogo discutere se il rappresentante abbia un vero e proprio « potere » in senso tecnico. Ritengo pertanto di adottare la terminologia del codice (art. 1398).

(4) E' la accezione più comune, se anche gli autori non sentono sempre il bisogno di renderla esplicita. Vedi per tutti MESSINEO, *Manuale* cit., I, 513 (meno esplicito al principio del §).

(5) Così virtualmente BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 554.



« potere » (l'atto del dominus negotii, oppure, alternativamente, l'atto del dominus o la sua incapacità) (6).

Dei tre concetti di rappresentanza, qui interessa solo il secondo (facente perno sull'effettivo potere del soggetto del negozio, e sull'agire in nome altrui).

Infatti, la rappresentanza in senso più lato sta su uno stesso piano non già con la posizione del creditore che può efficacemente agire in via surrogatoria, ma con la semplice invocazione dell'art. 2900 cit. da parte di un sedicente creditore, considerata indipendentemente dalla concreta esperibilità di una efficace azione surrogatoria.

Del pari, la figura della rappresentanza in senso strettissimo (caratterizzata dalla fonte negoziale o dall'incapacità del

---

(6) Questa definizione (nella prima delle due varianti che si vedono suddistinte nella parentesi) è esplicita solo presso quegli autori che negano il fenomeno rappresentativo nella cosiddetta rappresentanza *ex lege*. Però essa è implicita in tutti quegli autori che negano al creditore procedente ex art. 2900 cit. la qualità di rappresentante, in base ad un assunto numero chiuso delle fonti della rappresentanza, o, quanto meno, in base all'affermazione che la fattispecie dell'art. 2900 è diversa da tutte le fattispecie idonee a fondare la rappresentanza.

Contro questa concezione si batteva già GIORGI, *Obbligazioni* cit., p. 273, con energia; vedila tuttavia ripresa con piena consapevolezza da D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 126 e sgg., e vedi anche le pagine di NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 21.

La discussione non viene condotta con argomenti logici veri e propri: il che si spiega, osservando che gli autori ne fanno, scientemente o no, una questione di terminologia (esattamente GRAZIANI, *Rappresentanza* cit., nota 2 a p. 2 in *Studi* cit.).

Bisogna però aggiungere subito che nessuno si sognerebbe di chiamare rappresentante quel soggetto che compie atti efficaci sulla sfera giuridica altrui in forza di un potere concesso dall'ordinamento giuridico a tutti i soggetti capaci di agire *in quanto tali* (ad es.: stipulando a favore di terzi o pagando il debito altrui; per questo ultimo caso vedi tuttavia il linguaggio adottato da CARNELUTTI in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 300, e la critica rivoltagli da NICOLÒ, *Adempimento* cit., p. 22). Se ne deduce che, anche nella seconda accezione sopra vista, la rappresentanza deve fondarsi su una *specifica* posizione del soggetto agente (e, reciprocamente, deve fondarsi su una qualche *specifica* fattispecie).

Quest'ultimo risultato apparirà anche più chiaro dopo la lettura del testo oltre, § 30 in fondo.

dominus) (7) non sta sul piano di quel fenomeno empiricamente individuato, che qui si tratta di inquadrare sistematicamente (nesso fra certi atti del creditore e certe conseguenze sul patrimonio del debitore, e correlativa posizione del creditore), perchè si spinge anche a considerare la fonte (o il fondamento razionale) del potere del soggetto agente, che sta sul piano dei *presupposti* richiesti perchè quella posizione del creditore venga ad esistenza.

Per limitare dunque l'indagine alla definizione usuale della rappresentanza (caratterizzata dall'effettivo potere del soggetto agente, e dalla cosiddetta *contemplatio domini*), la sussunzione dell'atto compiuto in via surrogatoria nella categoria degli atti compiuti da un rappresentante è stata criticata soprattutto in base al rilievo che il creditore di cui all'art. 2900 cod. civ. procederebbe in nome proprio, mentre il rappresentante agirebbe sempre in nome del *dominus negotii* (8).

---

(7) Del resto, la procura da un canto, e l'incapacità negoziale dall'altro, non hanno alcuna nota concettuale comune. Perciò sembra arbitrario il raggrupparle in una categoria chiusa, per poi contrapporle a tutte quelle fattispecie che danno ad un soggetto il potere di agire con efficacia nella sfera giuridica altrui.

In sostanza, la definizione della rappresentanza, che qui viene in considerazione, costituisce un accorgimento per bloccare a priori, con una definizione scelta ad arte, proprio il problema che si deve invece risolvere.

Questa petizione di principio è visibile negli autt. confutati dal GIORGI loc. ult. cit., ed è riconoscibile in D'AVANZO (passo ultimo menzionato). Vedi anche la nota seguente.

(8) Così LABBÈ, *Exercice* cit., loc. cit., HUC, *Cession* cit., p. 122; su una linea non troppo dissimile PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 127, e Rocco, *Fallimento* cit., p. 80. Con diversa motivazione, i processualisti italiani quasi unanimi (CHIOVENDA, *Principii* cit., pp. 597-600 — conforme già l'ediz. del 1906 —; CARNELUTTI, da ultimo in *Teoria generale* cit., p. 187; BETTI, *Diritto processuale* cit., p. 163). Le due diverse tradizioni si congiungono in alcune fra le più recenti trattazioni elaborate dai civilisti) per tutti BARBERO, *Legittimazione* cit., p. 43, e, in modo più polemico, in *Sistema* cit., II, p. 103).

Erroneamente, vengono talora inseriti in questo elenco quegli autori francesi (AUBRY e RAU; LAURENT) i quali, pur affermando che il creditore ha il diritto (proprio) di procedere in via surrogatoria, ammettono però che egli operi in nome del debitore. L'imprecisione rilevata (pre-



Prima di scendere all'esame della fondatezza della critica, è necessaria una precisa interpretazione del pensiero degli autori che l'hanno formulata.

Infatti, con la parola *agire in nome altrui* si indicano fenomeni alquanto eterogenei (9), e cioè: in primo luogo, l'*agire* effettuando la *contemplatio domini*, come menzione del soggetto, nella cui sfera giuridica devono ripercuotersi gli effetti dell'atto (10); in secondo luogo, l'essere diverso il soggetto dell'atto rispetto al soggetto degli effetti (11); in terzo luogo, l'*agire* senza un potere proprio (da intendersi: l'*agire*, fondando la propria posizione di fronte all'atto che si compie su una fatti-

---

sente ad es. in Rocco, loc. cit.) deriva dai troppi significati dell'espressione *agire in nome altrui*.

(9) Vedi questa osservazione in SANTORO PASSARELLI, *Dottrine cit.*, n. 59, p. 251, che perciò distingue, nell'ambito dell'*agire in nome altrui*, uno « spendere il nome altrui » (rappresentanza convenzionale) da un semplice « indicare il nome altrui » (rappresentanza legale).

La presente trattazione non si propone però di stabilire se esistano diverse specie dell'*agire in nome altrui*. In questa sede, è sufficiente accertare che la stessa espressione viene usata in significati del tutto indipendenti.

Preciso fin d'ora che userò le frasi « *agire in nome altrui* », *contemplatio domini*, *spendita del nome altrui*, come equivalenti. Anche queste espressioni, peraltro, hanno significati plurimi. Ad es. SOTGIA, *Cessione dei beni cit.*, p. 38, definisce la *contemplatio domini* come « la cura e la tutela esclusiva dell'interesse del mandante ».

(10) Significato consueto. Per la pandettistica cfr. WINDSCHEID, *Pandette*, § 73; per i monografisti italiani cfr. SAGGESE, op. cit., p. 129; per la trattatistica attuale BETTI, *Teoria negozio cit.*, p. 560 (e vedi anche — sintomatico per le ragioni che si vedranno oltre, nel testo — BARBERO, *Sistema cit.*, I, p. 364). Fra gli studiosi dell'azione surrogatoria cfr. NICOLÒ, sub art. 2900, cit., p. 21.

(11) Non si può citare in modo sicuro alcun autore che si attenga a questa concezione. Vedi comunque che forma oggetto di studio in GARGAGNATI, *Sostituzione cit.*, p. 208.

La differenza rispetto alla definizione precedente sta in questo, che (alla stregua dell'ultima formulazione menzionata) non ci può essere rappresentanza quando, nonostante l'esistenza di una procura e la generica menzione che il soggetto dell'atto non intende essere soggetto dell'effetto del negozio, tuttavia le conseguenze ricadono su di lui (articolo 1405 cod. civ.).

specie diversa dal precedente negozio del dominus) (12); in quarto luogo, l'agire senza un diritto proprio di compiere l'atto (13); in quinto luogo, l'agire nell'interesse altrui (14).

Una discussione sulla maggiore o minore proprietà di queste varie accezioni dell'espressione agire in nome altrui porterebbe lontano e servirebbe a ben poco.

Sembra invece necessario accertare particolarmente se, nella fattispecie del creditore che procede in virtù dell'art. 2900 cod. civ., sussista un agire in nome proprio *in ognuno dei possibili significati del termine*: e cioè, se il creditore emetta la contemplatio, se gli effetti del procedimento surrogatorio cadano nella sfera del creditore, se il creditore proceda in virtù di un potere proprio, se agisca nell'interesse proprio, ecc.

Ma, prima di procedere a questa indagine ricostruttiva, bisogna concedere ancora qualche spazio all'elencazione delle peculiarità che distinguerebbero il fenomeno rappresentativo da quello surrogatorio.

Come si è visto, la rappresentanza sarebbe contraddistinta, oltre che dall'agire in nome altrui, anche dall'agire nell'interesse altrui (per completezza ricordo che, come si è visto ora, talora lo stesso agire in nome altrui viene considerato come un perfetto sinonimo dell'agire nell'interesse altrui).

---

(12) Ad es. PUGLIATTI, *Esecuzione* cit., p. 27 e p. 81, e *Atto di disposizione* cit., p. 16 e segg. Vedi come anche SANTORO PASSARELLI, loc. ult. cit., tenga gran conto di questo elemento.

(13) Ossia: agire senza avere un diritto di natura sostanziale, come sarebbe il diritto di pegno generico spettante al creditore (vedi Rocco, *Fallimento* cit., p. 80, PACCHIONI, *Obbligazioni* cit., p. 125). Variante: agire solo previa concessione di un'autorizzazione giudiziale (così Huc, *Cession* cit., p. 122).

(14) Ciò avveniva con maggiore larghezza sotto il codice precedente. Cfr. soprattutto PUGLIATTI, *Sulla rappresentanza indiretta* cit., p. 191 (cfr. però la preziosa nota 8 a p. 308, *ivi*); e, fra gli studiosi dell'azione surrogatoria, D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 126 (pertanto l'affinità fra questo autore e NICOLÒ, che all'ultimo loc. cit. lo richiama in adesione, è alquanto esteriore); nei testi di legge cfr. art. 81 cod. proc. civ., almeno secondo la ricostruzione che ne dà il GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 209 nota 11 e p. 211 (a cui aderisco su questo punto). CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., p. 187, attribuisce questa definizione al « linguaggio corrente », e comunque la riporta senza critiche né riserve.



E' ora il caso di osservare come anche le espressioni « agire nell'interesse proprio », « agire nell'interesse altrui », non meno delle espressioni « agire in nome proprio, od altrui », sono ricche di accezioni (15).

Il richiamo all'interesse alieno può infatti significare:

a) che, su un piano di ragione politica della norma, la ratio della rappresentanza sta nella protezione che il legislatore ha voluto accordare al dominus negotii (16);

b) che, su un piano di fattispecie, non c'è rappresentanza là dove il soggetto del negozio non ha l'intento di curare gli

---

(15) Espressioni « polisense » le chiama MINERVINI, in *Il conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione* in *Arch. giur.* 1946, soprattutto p. 133 e sgg. Vedi ivi una pregevole rassegna di significati assunti dai termini in questione.

(16) SANTORO PASSARELLI, *Dottrine* cit., p. 188 e sgg.; PUGLIATTI, *Rappresentanza indiretta* cit., p. 308; GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 182.

Anche CARNELUTTI sembra tenere l'interesse del rappresentato su un piano funzionale (teleologico) e non formale. Infatti vedi *Teoria generale* cit., p. 186: « ...la rappresentanza e la sostituzione si riferiscono... all'esercizio dei diritti altrui, ossia all'appartenenza di poteri destinati alla tutela di interessi altrui ». Però a p. 187 si legge che « mentre sia il rappresentante sia il sostituto agiscono per conto altrui... il primo soltanto agisce anche in nome altrui (ossia nell'interesse altrui) e il secondo, al contrario, in nome proprio (ossia nell'interesse proprio) ». Coordinando le due frasi, si ricava che il sostituto ha un potere « destinato alla tutela di interessi altrui », ed agisce « nell'interesse proprio ». E' evidente che la parola « nell'interesse » viene presa in due significati ben diversi. Aggiungerò che il CARNELUTTI non intende esprimere ivi idee specificamente sue, ma riporta « il modo comune di esprimersi » ed il « corrente linguaggio giuridico ». Ciò è ben sintomatico. Il linguaggio corrente ammette simili dislocazioni di significato, e la dottrina vi è talmente avvezza che ne dà notizia senza assumere un atteggiamento di riserva.

Si noti ora che la definizione in esame deve essere vagliata anche al lume di quei casi, in cui la rilevanza della procura è voluta dal legislatore per un esclusivo interesse dei terzi che hanno creduto all'apparenza (procura affetta da un errore ostativo, semprechè si ritengano applicabili in tali casi i disposti degli artt. 1428, 1431, 1433, 1324; procura affetta da simulazione, riserva mentale, o seguita da revoca o limitazione non opponibile ai terzi in virtù delle preclusioni di cui agli artt. 1396, 2006, 2007 cod. civ., ecc.).

interessi (o di conseguire gli scopi) del destinatario delle conseguenze (17).

c) che, su un piano di effetti del negozio concluso dal rappresentante, le conseguenze di tale negozio incidono direttamente nella sfera del rappresentato (18);

d) che, sul piano dell'ambito di applicazione dell'istituto (19), non possono verificarsi quelle conseguenze del ne-

---

(17) Con formulazioni diverse PUGLIATTI, *Conflitto* cit., p. 362; TRABUCCHI, *Istituzioni* cit., Padova 1952, p. 123; D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 126; CLAPS, *Natura giuridica* cit., p. 564. Contra CARRARO, *Mandato* cit., p. 160.

Nelle stesse vedute degli autt. citt., il requisito dell'interesse, così inteso, tende a diluirsi nella corrispondenza del contenuto dell'atto posto in essere dal rappresentante con la volontà del *dominus* (visibilissimo questo spostamento in D'AVANZO, p. 127 nota 2). Con questa trasformazione, l'interesse del *dominus* viene a spostarsi dal settore della struttura del fenomeno rappresentativo al settore della fonte del potere del soggetto del negozio, e con ciò fuoriesce dal problema esaminato in questa sede.

Ricorda ancora che talora il requisito psicologico dell'*animus* di fare l'interesse altrui viene curiosamente sostituito dalla « posizione psicologica » che il rappresentato assumerebbe di fronte al rappresentante (D'AMELIO, sub art. 81 cit., p. 386).

Passando alla valutazione critica della definizione sub *b*, nota come la stessa si imbatte nelle solite difficoltà nell'ipotesi di procura efficace in virtù di un fatto di apparenza.

(18) Si è tentati di citare in questo senso BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 562, là dove dice « con effetti diretti per conto dell'interessato, cioè nel suo interesse esclusivo ». Si rischia però di commettere un arbitrio interpretando l'espressione « con effetti *diretti* per conto di A » nel senso di « con effetti sulla sfera giuridica di A » (dato che questa ricostruzione del pensiero dell'illustre autore terrebbe lontano dall'« agire nell'interesse altrui » il mandatario senza rappresentanza). Vedi anche CARRARO, *Mandato* cit., p. 160 (però con un allargamento fino all'incidenza indiretta nella sfera altrui).

(19) Si deve infatti ritenere che (in quanto il mancato perseguimento dell'interesse del soggetto degli effetti da parte del soggetto dell'atto sia incompatibile con l'efficacia dell'atto stesso) tale fenomeno non incida propriamente sulla struttura della rappresentanza (intesa come nesso fra un certo atto ed un certo effetto), e nemmeno sulla struttura della sola fattispecie (in quanto ne faccia venir meno uno dei requisiti); ma che invece limiti semplicemente il campo di applicazione dell'istituto. Come gli effetti della procura possono essere limitati agli affari di ordinaria amministrazione, ecc., così nulla può



gozio che siano (economicamente) dannose al soggetto degli effetti (20);

e) che, su un piano estrinseco rispetto al vero e proprio fenomeno della rappresentanza (21), a tale fenomeno si giustappone un'obbligazione facente capo al soggetto dell'atto, consistente nel dovere di fare il vantaggio del soggetto degli effetti (22).

E' chiaro peraltro che questi significati tollerano un certo eclettismo, perchè spesso non si escludono a vicenda.

Da quanto si è visto or ora, l'espressione agire nell'interesse altrui avrebbe cinque diversi possibili significati. Ma la realtà è anche più complicata. Ognuno di questi cinque significati soffre in una qualche misura di una certa equivocità ed indeterminatezza, dipendente dalla molteplicità delle accezioni del vocabolo interesse.

Il termine interesse è equivoco, perchè ne sono incerti l'oggetto e financo il contenuto.

L'interesse del soggetto degli effetti, quale viene tutelato

---

escludere a priori che ope legis l'ambito di applicazione della rappresentanza sia ristretto a quegli affari che siano vantaggiosi per il soggetto degli effetti.

(20) Vedi considerata — e subito esclusa — questa concezione in GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 181. Effettivamente, come egli rileva, è possibile una procura a compiere negozi che non offrono al soggetto degli effetti alcun vantaggio patrimoniale (donazione).

(21) Un rapporto fra rappresentante e rappresentato, il quale vincoli il primo a curare gli interessi del secondo sotto la comminatoria di una sanzione minus quam perfecta (obbligo di risarcimento dei danni, salva però la validità dell'atto posto in essere dal rappresentante) sarebbe estrinseco rispetto al fenomeno della rappresentanza.

Osservazioni analoghe varrebbero se si sostituisse alla rilevanza dell'interesse la rilevanza della volontà ipotetica del soggetto degli effetti (ossia la volontà, che il soggetto degli effetti manifesterebbe se prendesse fisicamente parte alla stipulazione dell'atto).

(22) PUGLIATTI, *Rappresentanza indiretta* cit., p. 308. Ritiene il MINERVINI, *Mandato* cit., p. 14, che tale significato corrisponda pienamente alla lettera dell'art. 1388 cod. civ., lettera che peraltro andrebbe nettamente « oltre il segno » della mens legis.

Con riferimento alla volontà presunta piuttosto che all'interesse, cfr. D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 127 nota 2.

dalle norme sulla rappresentanza, può essere concepito come un interesse ad una buona gestione, produttiva di conseguenze giuridiche economicamente vantaggiose (o, per lo meno, non svantaggiose, o non troppo svantaggiose), ovvero può concepirsi come l'interesse a che l'atto venga posto in essere dal rappresentante (variante: a che un atto di quel dato contenuto venga posto in essere dal rappresentante), o come interesse alla collaborazione del rappresentante (23). In tal modo l'interesse diviene di volta in volta il substrato metagiuridico (24) del diritto alla prestazione di bene amministrare, posta a carico del rappresentante, nei limiti lasciati aperti dal titolo che gli conferisce i poteri; del negozio giuridico posto in essere dal rappresentante (inteso come regolamento di interessi); del dovere di compiere o di non compiere un certo atto giuridico in nome del rappresentato (25); della norma che ricollega all'atto del rappresentante certe conseguenze nel patrimonio del dominus.

Inoltre la natura stessa dell'interesse può venire intesa in modi visibilmente diversi. La dottrina ha cura di ricordare di tanto in tanto che, nella definizione generale della rappresentanza, « interesse » non può essere correlativo di « vantaggio » (infatti ad es. il procuratore a donare non procaccia alcun vantaggio al soggetto degli effetti). Ma, se questa osservazione è vera, è altrettanto vero che l'interesse-vantaggio del rappresentato regola talora il rapporto fondamentale fra soggetto del-

---

(23) E' il cosiddetto interesse ad essere sostituito (vedi questa formulazione in GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 182).

(24) Così almeno nella concezione che preferisco, e che non mi sento di abbandonare. Vedi la mia *Interpretazione* cit., soprattutto cap. IX e X, che si inserisce in una tradizionale polemica. Per la posizione dell'interesse nelle figure civilistiche, aderisco all'insegnamento di ALLARA, *Nozioni* cit.

(25) Questa concezione — semplicissima e snella — viene accolta dal MINERVINI, *Mandato* cit., p. 15: essa degrada l'« interesse » di cui si tratta al generico interesse dell'avente diritto (mandante) alla prestazione dell'obbligato (mandatario). Però tale concezione dà minore affidamento fuori del campo della rappresentanza fondata su mandato o, in genere, su un rapporto del quale il soggetto degli effetti sia titolare attivo.



l'atto e soggetto degli effetti (fra amministratore e società, fra tutore e pupillo); mentre altre volte l'interesse-vantaggio del soggetto degli effetti diviene irrilevante perchè superato da un suo atto volontario (istruzioni date al procuratore, mandato a compiere un atto svantaggioso). Infine, la giurisprudenza degli interessi (che esercita un'influenza sempre maggiore sulla nostra terminologia, rendendola — di norma — meno rigorosa) ha introdotto, accanto all'interesse-vantaggio e all'interesse-volontà, anche l'interesse-rapporto giuridico, in quanto ha preso ad interscambiare le situazioni giuridiche con i rispettivi interessi sottostanti. Così ad es. il « regolamento dei rapporti giuridici facenti capo a Tizio » diviene il « regolamento degli interessi di Tizio », e persino « esercitare un diritto altrui » diventa « fare l'interesse altrui » (26), qualunque possa essere la conseguenza (vantaggiosa o meno per il titolare) di tale esercizio di diritti. Reciprocamente, agire nell'interesse altrui si risolve in un agire con effetto sulla sfera giuridica altrui (27).

Constatata questa ambiguità dei termini « agire in nome altrui », e « agire nell'interesse altrui », l'esito della comparazione fra surrogazione e rappresentanza risulta in balia della definizione del fenomeno rappresentativo, che si creda bene di accogliere. Si giunge così al punto cruciale in cui si dovrebbero vedere, punto per punto, le possibili differenze fra fenomeno rappresentativo e fenomeno surrogatorio. Il compito, a prima vista complesso e laborioso, può semplificarsi per la seguente

---

(26) Salvi gli opportuni accorgimenti per evitare confusioni. Così ad es. si vede distinguere fra interesse obbiettivo, interesse immediatamente tutelato dalla legge, interesse giuridico primario, ecc. (che vale: diritto soggettivo), ed interesse di fatto, interesse economico secondario, ecc. (che vale vantaggio, o interesse in senso volgare).

(27) E' impossibile riassumere in questa sede l'evoluzione della giurisprudenza degli interessi dallo JHERING in poi. In Italia, se ne vedono le grandi tappe nelle opere di CARNELUTTI (su varii problemi generali) e di BETTI (soprattutto sul negozio giuridico).

Vedi un importante segno di questo metodo, applicato ai problemi del fenomeno surrogatorio, in NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 21 e sgg., la cui posizione meriterebbe un esame ben più accurato di quello che posso dedicarle. Egli (nella compiuta ricostruzione cit. dell'istituto in

ragione: non occorre occuparsi della categoria della rappresentanza in genere, ma soltanto di quegli specifici fenomeni rappresentativi che sono più direttamente avvicinabili all'ipotesi che va sotto il nome di azione surrogatoria.

A questo proposito, si ricordi che il fenomeno di cui all'art. 2900 cod. civ., qualora rientrasse nello schema generale della rappresentanza, sarebbe un caso di potere, conferito nell'interesse del rappresentante (di questa ipotesi il legislatore si è occupato, sia pure in modo riflesso, là dove parla degli effetti del « mandato conferito anche nell'interesse del mandatario » e cioè all'art. 1723, 2° co., cod. civ.) (28).

---

esame) riesce a sfuggire le secche di una semplice riclassificazione di nozioni (così abbandonando senza una netta soluzione alcuni problemi concettuali, ad es., se il fenomeno surrogatorio importi rappresentanza o sostituzione) proprio perchè la rimpiazza con una gerarchizzazione di interessi, fra i quali ricorderò: un primo interesse del debitore (come elemento obbiettivo del suo diritto) destinato ad essere attuato dal creditore (p. 21, 37); un secondo interesse, occasionale e di fatto (facente capo anch'esso al debitore) a far valere il meccanismo di tutela del primo (p. 31); un terzo interesse (del creditore) a prevenire un danno (p. 21). Perciò « la legittimazione del creditore ad esercitare i diritti del debitore si risolve... nella potestà giuridica di agire per l'attuazione dell'interesse (obbiettivo) del debitore... » (p. 37); e a p. 31: « la formula esercizio del diritto altrui... dimostra assai bene come l'interesse, immediatamente tutelato attraverso l'attività del creditore, sia quello del debitore ». Confronta anche PUGLIATTI, *Esecuzione cit.*, p. 81 in nota, a proposito del mandato in rem propriam. Con riferimento a tale figura, egli distingue un « interesse giuridico primario, del rappresentato », ed un « interesse (economico) secondario, del rappresentante ».

Certo, anche attraverso a questo accostamento — interesse = diritto — si arriva ad una evidente semplificazione della formula dell'art. 1388 cod. civ. (Vedi chiaramente in BETTI, *Teoria negozio*, p. 561; però sembra che, quando l'autore cit. parla di procura emessa nell'interesse del rappresentante, la parola interesse acquisti un valore diverso).

(28) Si può essere alquanto sorpresi constatando quanto segue: varii autori francesi, così come varii autori italiani anteriori al nuovo codice, qualificavano senza eccessive esitazioni il fenomeno surrogatorio come una rappresentanza in rem suam; dopo che il nuovo legislatore ha considerato espressamente il « mandato conferito anche nell'interesse del mandatario », questa costruzione, lungi dal divenire più accetta alla dottrina, ha perso ulteriormente terreno (beninteso anche per



Ma, anche con questa limitazione, molti problemi rimangono aperti, ed altri, addirittura, si aggiungono.

---

effetto del riconoscimento legale esplicito della figura del sostituto processuale; su cui vedi oltre).

Parlavano di procura in rem suam a proposito del fenomeno surrogatorio tutti i seguaci della vecchia teoria della rappresentanza e del mandato.

Contro la figura della procura in rem suam (considerata come un espediente illogico), vedi, da noi, PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni* cit., VI, p. 433 (per cui l'agire nell'interesse proprio sarebbe incompatibile con la rappresentanza); Rocco, in *Riv. dir. com.* 1903, II, p. 483 e sgg., e in *Fallimento* cit., p. 8; CICU, *Obbligazione* cit., p. 86 (aderendo, sul punto, al Rocco; la sua adesione è rimasta immutata nella 2ª ed. dell'opera, che è apparsa dopo l'entrata in vigore del codice nuovo).

Altri autori riconoscono espressamente la figura della procura in rem suam, ma si sono schierati contro la configurazione della posizione surrogatoria nell'ambito della rappresentanza, in quanto il creditore agirebbe in nome proprio. Fra questi ci preme ricordare soltanto BETTI e BARBERO. BETTI, nelle trattazioni romanistiche, qualifica la procura in rem suam come una sottospecie della sostituzione processuale (*Diritto romano*, I, Parte gen., Padova 1935, p. 389 e 390); per diritto attuale, viceversa, pare che (dopo aver contestata la proprietà del termine mandatum in rem suam) ammetta però il relativo istituto come sottospecie della rappresentanza in senso stretto (*Teoria negozio* cit., p. 562, soprattutto p. 580 e sgg.), diversa dalla sostituzione nel senso detto sopra. Il BARBERO non disconosce la legittimità della figura della procura in rem suam, ma accanto a tale figura delinea quella della sostituzione processuale, alla quale ascrive, appunto, il fenomeno surrogatorio (*Sistema* cit., I, p. 365, e II, p. 103 nota 1).

La nostra giurisprudenza che, come si vedrà, si è rivolta all'idea della surrogazione come caso di sostituzione processuale, ha però ammesso che sostituzione processuale e rappresentanza in rem suam sono termini non incompatibili (Cass. 25 giugno 1942, n. 1801, in *Foro it.* 1943, I, 340: « Il creditore che agisce in surrogatoria contro il terzo, ... fa valere un diritto del suo debitore ma nell'interesse proprio, e come tale è un procurator in rem suam, che opera come sostituto processuale, non in forza di un mandato ex lege, ma ex iuribus debitoris »).

Si noti che, riferendo il pensiero della dottrina, qui si parla di una procura in rem suam come genus nel quale rientra il fenomeno surrogatorio. Però questo linguaggio della dottrina non va esente da critiche, perchè il procedimento surrogatorio sta sul piano dell'atto rappresentativo in rem suam, e non già della fattispecie (procura) che l'ha reso possibile.

Ad es. non è chiaro, ancora una volta, cosa sia l'interesse del rappresentante come elemento della fattispecie (29).

Inoltre, non è pacifico nemmeno se, sussistendo l'interesse del rappresentante alla procura, il requisito dell'interesse del rappresentato si atteggi nel modo normale, o se venga modificato o addirittura soppresso (30). Se tale requisito dovesse ridursi all'incidenza dell'atto sulla sfera giuridica del dominus, esso sussisterebbe nell'identica misura anche nell'ipotesi che lo scopo della procura (o la ratio della norma che conferisce i poteri al soggetto dell'atto) sia la protezione della persona che pone in essere il negozio, quand'anche gli effetti giuridici (tipici o non tipici) del negozio posto in essere dal rappresentante ricadano a vantaggio di quest'ultimo, ed incidano di rimbalzo nella sua sfera giuridica (31).

Anche a proposito della rappresentanza in rem suam si

---

(29) Non manca chi tende a ridurlo ad un altro ed autonomo elemento della procura o del mandato (clausola di irrevocabilità). Vedi sul tema — sul quale non posso dilungarmi — MINERVINI, *Procura irrevocabile* cit., p. 40 e sgg., BURDESE, *Irrevocabilità* cit., p. 435 e sgg., COTTINO, *Irrevocabilità* cit., p. 19 e sgg., infine ancora MINERVINI, *Mandato* cit., p. 185 e sgg.

(30) Per la possibilità della soppressione BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 562, che distingue l'ipotesi dell'interesse comune dall'ipotesi dell'interesse del solo rappresentante. Id. MINERVINI, *Mandato* ecc., p. 15 (anche all'infuori dell'ipotesi di cui all'art. 1723, 2° co. — su ciò vedi già le citazioni precedenti).

Sembra che chi volesse — sotto il codice nuovo — negare come artificiosa la costruzione della procura in rem suam (cfr. in questo senso CICU, op. cit., loc. ult. cit.) dovrebbe considerare tale istituto come incompatibile con un residuo « agire nell'interesse » del dominus; e poi contrapporlo, proprio in base a tale elemento, alla rappresentanza concessa in concomitanza del mandato di cui all'art. 1723, 2° co., cod. civ. (la quale verrebbe invece a supporre la rilevanza del doppio interesse del dominus e del soggetto dell'atto).

(31) Es.: Tizio promette ad un terzo di procurargli la proprietà della cosa di Caio. Successivamente Caio promette a Tizio che trasmetterà la proprietà al terzo, e più tardi conferisce la procura a Tizio, perchè ponga in essere il negozio. Col trapasso di proprietà si estingue un debito di Caio (e in ciò sta il suo « interesse » all'atto), si soddisfa un credito di Tizio e si estingue un debito di Tizio (e in ciò sta l'« interesse » di quest'ultimo all'atto).



deve fare un doppio rilievo. Da un canto, le possibili definizioni di tale istituto si presentano come numerose, sì che una disamina di ognuna di esse esigerebbe un lavoro lungo e complesso. Dall'altro canto, non tutti i caratteri della rappresentanza in rem suam hanno un'importanza di primo piano ai fini della presente indagine.

§ 27. - RAPPRESENTANZA NELL'INTERESSE DEL RAPPRESENTANTE, E SOSTITUZIONE.

Più propriamente la presente trattazione si occupa della rappresentanza in rem suam a fini ben limitati: per prendere posizione, cioè, di fronte alla polemica che si svolge fra coloro che fanno rientrare nello schema di tale istituto il fenomeno surrogatorio, e coloro che invece riducono la posizione surrogatoria allo schema della sostituzione (1).

Pertanto, a questi limitati fini è sufficiente acclarare sotto quali profili la rappresentanza in rem suam si contrapponga alla sostituzione.

Com'è largamente noto, la sostituzione processuale importerebbe — secondo il comune denominatore delle definizioni più diffuse — un far valere in nome proprio e nell'interesse proprio

---

(1) Si legge addirittura: « l'esemplare più noto della sostituzione va sotto il nome di azione surrogatoria » (CARNELUTTI, *Teoria gen. diritto* cit., p. 187). « L'azione surrogatoria è il tipico caso di sostituzione processuale, ammessa da tutti gli scrittori » (D'AMELIO, sub art. 81 cit., p. 387 nota 2. Il compianto autore non prevedeva che proprio nel *Commentario al cod. civ.*, da lui diretto, l'EULA, sub art. 2900, avrebbe definito il fenomeno surrogatorio come un caso di rappresentanza). « La grande maggioranza della dottrina giustamente considera come caso di sostituzione processuale... l'ipotesi di azione surrogatoria » (GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 207); « L'azione surrogatoria è il tipico caso di sostituzione processuale » (CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., I, p. 245).

Nelle monografie recentissime vedi, nello stesso senso, GIOIA, *Azione surrogatoria* cit., p. 77 e altrove; VELLANI, *Proposizione* cit.; in giurisprudenza vedi la nostra Cassazione, oramai costante (sent. 25 giugno 1942, n. 1801, in *Foro it.* 1943, I, 340; 9 agosto 1952, n. 2630, in *Sett. Cass.* 1952, 265; 11 agosto 1952, n. 2658, in *Giur. it.* 1953, I, 1, 616).

una situazione giuridica altrui, con effetto nei confronti del titolare della situazione giuridica (2).

Una volta trapiantata la figura della sostituzione anche fuori del campo del processo (come è necessario fare se vi si vogliono incasellare tutti i possibili fenomeni surrogatori previsti dall'articolo 2900) si dovrà parlare, più che di un « far valere in proprio nome una situazione altrui », di un « compiere in proprio nome e nel proprio interesse atti di esercizio del diritto altrui, aventi la medesima efficacia che avrebbero normalmente atti analoghi, se compiuti dal titolare del diritto ».

L'estensione del concetto di sostituzione nel campo privatistico è stata operata da un numero rilevante di autori (3), pur senza portare conseguenze pratiche di primo piano.

Queste le poche nozioni sicure in tema di sostituzione, le cui differenze rispetto alla rappresentanza nell'interesse proprio si ridurrebbero a due (entrambe abbastanza evidenti): il sostituto agirebbe in nome proprio; di fronte al sostituto l'interesse del sostituito potrebbe essere del tutto indifferente, e non costituirebbe (come invece sembra avvenire, almeno secondo una possibile definizione, nella situazione conseguente alla procura in rem suam) un primo elemento su cui si innesta ulteriormente l'interesse del soggetto che pone in essere il negozio.

Di fronte a questa constatazione, si deve formulare una

---

(2) Per tacere del KOHLER e dello HELLWIG, le cui opere rappresentano il precedente immediato dell'introduzione del concetto di sostituzione processuale nella dottrina italiana, cfr.: CHIOVENDA, *Principii* cit., p. 97; CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., p. 187; CALAMANDREI, *Istituzioni* cit., p. 244 e sgg. (però con qualche indipendenza sul punto del soggetto dell'interesse); BETTI, *Diritto romano* cit., p. 389, *Diritto processuale* cit., p. 163; GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 280 e sgg. (però con atteggiamento autonomo sul punto dell'agire in nome proprio); REDENTI, *Diritto processuale* cit., p. 179; ANDRIOLI, *Commento* cit., I, p. 229 e sgg.

(3) MESSINEO, *Manuale* cit., I, p. 520, BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 562; TRABUCCHI, *Istituzioni* cit., p. 122. Spesso poi la parola sostituzione viene usata in un'accezione lata, comprensiva della rappresentanza e di altri fenomeni.

Nota però come i civilisti tendano a rendere sfumato il requisito dell'agire in nome proprio (MESSINEO, *Manuale* cit., II, II, p. 147).



prima presa di posizione. E' falso che il sostituto agisca in nome proprio *a differenza del rappresentante in rem suam*.

Se con la formula « il sostituto agisce in nome proprio » si intende dire che egli (diversamente dal rappresentante in rem suam) agisce nell'esercizio di un proprio diritto a porre in essere il negozio, bisognerebbe rispondere che la figura del diritto a compiere l'atto, in quanto sia dogmaticamente accettabile, ed in quanto si presti ad inquadrare la posizione del sostituto, si attaglierebbe perfettamente alla posizione del rappresentante in rem suam (ma su ciò vedi oltre, nell'opportuna sede — nei §§ 32 e sgg. — una più ampia dimostrazione) (4).

Se poi con l'agire in nome altrui si fa riferimento alla *contemplatio domini* come indicazione del soggetto della sfera giuridica su cui inciderà l'atto, non si vede perchè, una volta ammesso ciò che tutti ripetono — e cioè che il sostituto fa valere il diritto del sostituito —, anche il sostituto non sia tenuto a questa forma di *contemplatio* (5). Quest'ultima idea

---

(4) Taluni autori hanno creduto di ravvisare in ogni fenomeno rappresentativo un vero e proprio diritto soggettivo del rappresentante (DE MARSICO, *La rappresentanza nel diritto proc. penale*, Milano 1915, p. 65. Vedi citazioni della dottrina germanica in PUGLIATTI, *Esecuzione cit.*, p. 77, in nota).

Ma è anche più importante la tendenza, attualissima, a riconoscere almeno al rappresentante in rem suam un vero e proprio diritto soggettivo (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine cit.*, p. 190).

(5) Il problema, se tale *contemplatio* debba essere implicita o esplicita, non ha nulla a vedere con la questione esposta nel testo. Si osservi però quanto segue.

Recentemente è stato affermato che la larghezza con cui una parte della dottrina italiana e della giurisprudenza ammette la *contemplatio* implicita svaluta almeno di fatto il requisito della spendita del nome (BIGIARI, *Imprenditore occulto cit.*, p. 153 e nota).

D'altronde si è anche definita la *contemplatio* non già in modo positivo (indicazione del titolare della sfera giuridica su cui si opera), ma in modo negativo (indicazione che il soggetto dell'atto intende allontanare da sè gli effetti del negozio). Cfr. infatti PUGLIATTI, *Conflitto cit.*, p. 335.

Si aggiunga che già da molto tempo è stata lamentata la grande difficoltà di distinguere di fatto quando sussista, e quando no, la *contem-*

sta guadagnando rapidamente terreno, in base all'osservazione che l'atto del sostituto non può operare sulla sfera del sostituito se il primo trascura di dichiarare di voler esercitare un diritto del secondo, « poichè la sentenza ottenuta dal sostituto dichiarerebbe l'esistenza o l'inesistenza, non di un diritto *altrui*, ma di un diritto del sostituto, nè tale giudicato potrebbe, in mancanza di una norma speciale, ritenersi efficace nei confronti del sostituito » (6).

Una obiezione sembrerebbe sorgere dall'art. 81 cod. proc. civ., secondo cui il creditore agisce in nome proprio. Ma, sulle orme di un autore che ha scritto, sul punto, pagine persuasive (7), sarebbe facile rispondere che, mentre l'« in nome altrui » dell'art. 1388 cod. civ. si riferisce alla *contemplatio domini* richiesta al rappresentante, viceversa l'« in nome proprio » dell'art. 81 cod. proc. civ., per una delle solite disarmonie terminologiche della nostra legislazione (8), si riferisce all'interesse sottostante all'azione.

Superata l'obiezione dell'art. 81 cit., ne sorge però un'altra. Per alcuni autori, l'esempio tipico di sostituto processuale, lungi dall'essere il creditore che procede in via surrogatoria, sarebbe dato dal successore universale per causa di morte che sta in giudizio con effetto nei confronti del successore a titolo

---

platio domini (SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Lipsia 1900, § 11 e sgg., p. 115 e sgg.). In effetto, talora sarà sufficiente che il soggetto dell'atto individui il rapporto su cui intende agire in base ad elementi oggettivi e non soggettivi.

Tutte queste riflessioni calzano però altrettanto bene per la rappresentanza vera e propria, quanto per l'istituto in esame.

(6) Così GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 206 e sgg. Vedi anche la definizione della sostituzione processuale offerta dall'ALLORIO, *Diritto proc. tributario* cit., p. 350: « è la non coincidenza dichiarata fra soggetto del processo e soggetto della lite ».

(7) Ancora GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 206 e sgg.

(8) E non soltanto della nostra legislazione. Sta di fatto che i civilisti ed i processualisti usavano, anche prima del 1938-1942, una sola parola in due significati diversi. Il legislatore ha adottato nelle diverse sedi i diversi linguaggi divenuti usuali nelle due diverse discipline.



particolare (art. 111 cod. proc. civ.) (9). In questa fattispecie, sembra chiaro che il soggetto degli atti processuali potrà a suo piacimento effettuare o meno la contemplatio: i risultati sostanziali della lite si verificheranno comunque nella sfera del titolare del rapporto.

Non si creda però che quanti ricomprendono l'ipotesi di cui all'articolo 111 cod. proc. civ. nel gruppo delle sostituzioni processuali ne espellano rigorosamente ogni altro caso in cui la spendita del nome altrui è indispensabile, o, per lo meno, è insita nel modo stesso della sostituzione (estromissione del garantito, art. 108 cod. proc. civ.) (10).

Avviene piuttosto che la corrente dottrinale orientata verso l'indispensabilità della contemplatio in ogni caso di sostituzione processuale si tiene ligia alle proprie premesse. La corrente orientata verso l'incompatibilità della contemplatio con la sostituzione lascia aperto lo spiraglio a qualche più o meno vistosa eccezione. La dottrina meno critica, poi, trascura l'elemento della contemplatio, e parla di sostituzione in un coacervo di ipotesi che, da questo punto di vista, sono eterogenee (11).

Dopo queste premesse, si può escludere che il creditore che procede in via surrogatoria debba effettuare la contemplatio domini *pel solo fatto di essere un sostituto*. Se mai, si dovrebbe dire che, ove si ricavi aliunde che il creditore agisce senza

---

(9) ANDRIOLI, *Commento* cit., I, p. 233; REDENTI, *Diritto processuale* cit., I, n. 46. Ricomprendono il caso segnalato nella categoria delle sostituzioni processuali D'ONOFRIO, *Commento* cit., I, p. 91; CALAMANDREI, ZANZUCCHI, JAEGER, ecc. Contra però GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 205 e sgg.; BARBERO, *Legittimazione* cit., p. 52 nota 89; DE MARINO, *Successione* cit., p. 172.

(10) Vedi infatti gli stessi ANDRIOLI e REDENTI; e, in genere, tutti gli autori citati nella nota prec. Conforme GARBAGNATI, op. cit., p. 228.

(11) I civilisti, naturalmente, non sono intervenuti a fondo nella polemica. Essi si limitano a riportare la definizione dell'art. 81 cod. proc. civ. (senza ritradurlo nella terminologia privatistica, alquanto diversa, come s'è visto, da quella processualistica), oppure, con chiaro senso di orientamento, insegnano che il sostituto agisce ora in nome proprio ora in nome altrui (NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 34 e sgg., MESSINEO, *Manuale* cit., II, II, p. 147 — un po' diversamente in I, p. 520).

spendere il nome del debitore, rimane preclusa la possibilità di considerarlo come rappresentante.

Anche quest'ultima proposizione non sfugge peraltro a qualche dubbio.

L'art. 2208 cod. civ. stabilisce che il terzo può agire anche contro il preponente per gli atti conclusi con l'istitutore, che siano pertinenti all'esercizio della impresa a cui questi è preposto, anche se l'istitutore ha ommesso la spendita del nome del preponente (12). L'art. 2339, 2° co., cod. civ., stabilisce che sono corresponsabili con i promotori della società per azioni coloro, per conto dei quali i promotori hanno agito. L'art. 147 della legge fallimentare sancisce la responsabilità del socio occulto della società (almeno: della società palese) (13). Una frazione

---

(12) Qui non si tratta di una semplice fideiussione ex lege, perchè tale concezione obbligherebbe ad escludere dal campo di applicazione dell'art. cit. i negozi di alienazione ed efficacia reale. Nell'ipotesi in cui l'istitutore alieni una cosa del proponente senza spendita del nome, gli effetti reali operano soltanto nella sfera del preponente, e pertanto la posizione dell'istitutore come titolare principale degli effetti viene a mancare.

Ricostruita questa ipotesi come figura di rappresentanza, il terzo potrebbe sempre opporre al preponente i poteri dell'istitutore, mentre il preponente non potrebbe opporre questi poteri al terzo (salvi gli artt. 1705 e 1706 cod. civ. in quanto applicabili).

(13) Però anche per obbligazioni non derivanti da contratto, per cui il concetto di rappresentanza senza contemplatio non sarebbe idoneo a spiegare da solo la portata di tale articolo.

D'altra parte si potrebbe dire che chi tratta per una società palese spendendo il nome della società indica, sia pure per relationem, che intende obbligare tutti coloro che risultino per avventura soci della società; per cui (nell'ipotesi di obbligazione da contratto) una contemplatio non mancherebbe nemmeno nei confronti del socio occulto (vedi però obiezioni in BIGIARI, *Imprenditore* cit., p. 39, note 3 e 4).

Questo chiarimento a sua volta non varrebbe a spiegare la responsabilità dei soci di società intieramente occulta, per chi ritenga di ammetterla (vedi da ultimo, con gravi argomentazioni, BIGIARI, op. cit., e, anteriormente, *Società occulta* cit., p. 1 e sgg.).

Infine, tenuto conto della responsabilità del nuovo socio di società di persone per i debiti sociali sorti anteriormente (responsabilità che non trova certo il suo fondamento in un fenomeno di rappresentanza), sembra che la rappresentanza costituisca una spiegazione superflua anche nel caso, sopra ricordato, di cui all'art. 147 legge fallim.



della dottrina ha sostenuto che gli atti compiuti dagli organi delle società per conto di queste ultime sono efficaci pro e contro le società, indipendentemente dalla spendita del nome (14).

Se uno qualsiasi dei casi ora elencati risalisse ad un fenomeno di rappresentanza, si avrebbe addirittura la prova che il nostro diritto conosce, oltre all'ipotesi di sostituzione con e senza spendita del nome altrui, anche la doppia ipotesi di rappresentanza in nome proprio ed in nome altrui. Ma, ove anche gli esempi riportati sopra non provino che sussiste una rappresentanza senza contemplatio, rimarrebbe ferma la presenza di casi di sostituzione con e senza spendita del nome; e pertanto resterebbe intatta l'impossibilità di distinguere rigorosamente il sostituto ed il rappresentante in base al solo requisito « dell'agire in nome proprio od altrui », dove questo elemento si scioglia in una contemplatio.

Rimane da accertare se il creditore di cui all'art. 2900 debba essere qualificato come rappresentante o come sostituto in base al criterio dell'agire nell'interesse proprio o altrui. Dopo quanto si è detto sulla molteplicità del concetto di interesse sembra che il problema si possa porre nel modo seguente.

Se con l'« agire nell'interesse altrui » si intende semplice-

---

(14) Se tale efficacia dipendesse (come si trova in BRACCO, *Le società commerciali non manifeste*, Milano 1938) semplicemente da una riserva mentale della persona organo (per la tesi della riserva in ordine alla contemplatio nei casi di rappresentanza indiretta, però proprio ai fini di escludere l'effetto del negozio in capo al mandante, VENEZIAN, *Opere* cit., p. 480, per codice abrogato), si farebbe pur sempre leva (come hanno osservato i due autori citati) su una contemplatio domini (riservata in segreto). Infatti la rilevanza della riserva mentale non vuol dire null'altro che rilevanza della clausola che ci si è mentalmente riservati di far valere (vedi la confutazione della teoria della riserva mentale in BIGIARI, *Imprenditore* cit., p. 144).

Se tale efficacia dipendesse invece da un'estensione dei principi contenuti negli artt. 2208, ecc. cit., varrebbero le considerazioni fatte or ora, in testo e in nota, a proposito del fenomeno regolato da tale articolo.

Se tale efficacia dipendesse invece da una specifica qualità dell'organo, resterebbe appunto da chiarire la distinzione fra organo e rappresentante (vedi da ultimo notizie ed impostazione del problema in MINERVINI, *Teoria organi* cit., p. 935 e sgg.).

mente l'agire su situazioni giuridiche altrui, si giunge al risultato che tanto il rappresentante quanto il sostituto operano con effetto nella sfera giuridica altrui.

Se l'agire nell'interesse proprio significa agire sotto lo stimolo psicologico del soddisfacimento di un interesse proprio, sembra che questo requisito sia sempre presente nell'ipotesi di un rappresentante il quale agisca in rem suam, e sia presente in taluni casi di sostituzione (art. 2789 cod. civ., qualora si voglia ammettere che il creditore pignoratizio sia un sostituto (15): art. 108 cod. proc. civ.), e manchi in altre ipotesi di sostituzione (art. 111 cit., 1° co., 1ª frase, semprechè qui si tratti di una sostituzione, il che però è controverso), ecc. Peraltro, lo stimolo psicologico concreto può essere offerto da circostanze che la legge si guarda bene dallo schematizzare, ad es.: obbligo assunto dal soggetto che porrà in essere gli atti processuali, nei confronti del soggetto che risentirà degli effetti della sentenza, ecc.

Se l'agire nell'interesse proprio significa semplicemente che (su un piano di elementi teleologici della norma o dell'atto) la norma o l'atto hanno concesso all'attività di un certo soggetto una certa efficacia nella sfera giuridica di un secondo soggetto per un favor iuris dell'autore dell'atto, e non per un favor iuris del titolare degli effetti, il problema si ingarbuglierebbe, perchè si può ben dire che: la procura in rem suam è ispirata al favore del rappresentante, e non del rappresentato; la procura non in rem suam è ispirata al favore del rappresentato; la sostituzione del creditore pignoratizio al proprietario (semprechè di sostituzione si tratti) è ispirata al favore del creditore pignoratizio; la sostituzione del marito alla moglie (art. 184 cod. civ.) è ispirata al favore di entrambi; la sostituzione dell'erede (al legatario), o di colui che nel corso del processo ha alienato il diritto litigioso è ispirata — così almeno pare — soprattutto al favore del terzo, che si vuole esonerare dall'attivarsi per venire a conoscenza di ogni successione a titolo particolare nel

---

(15) MESSINEO, *Manuale* cit., II, II, p. 88; RUBINO, *Il pegno* cit., p. 278 e sgg.; GORLA, sub art. 2789, cit., p. 308.



rapporto litigioso (16), ecc. Quanto alla norma dell'art. 2900 cod. civ., essa è certamente (17) indirizzata ad un favore del creditore, così come avviene — peraltro — in talune ipotesi di procura, e in talune ipotesi di sostituzione processuale.

Se con « agire nell'interesse altrui » si intende dire che il vantaggio economico dell'atto ricadrà a favore di altri, ci si perderà daccapo nella casistica delle circostanze che possono aggiungersi occasionalmente agli elementi della fattispecie astrattamente tipizzate dalla legge, ed interferire con essi (ad es.: un certo erede testamentario ha interesse alla vittoria del prelegatario, perchè nella specie, se il bene formante oggetto del prelegato venisse a mancare, il prelegatario, il quale è nello stesso tempo legittimario, avrebbe un'azione contro gli eredi testamentarii). Qui, sia sufficiente osservare che il vantaggio economico che il creditore si assicura procedendo ex art. 2900 non esclude affatto un identico (e spesso maggiore!) vantaggio del debitore (18).

Se con « agire nell'interesse altrui » si intende agire, con l'osservanza di un dovere di fedeltà verso il soggetto che soffrirà le conseguenze dell'atto, sembra che questo obbligo de non nocendo possa sussistere tanto nel caso di rappresentanza quanto nel caso di sostituzione processuale (così ad es. nell'ipotesi dell'art. 111 più volte cit.; ma anche nel caso dell'art. 2789 cod. civ., e, a maggior ragione, nelle ipotesi degli artt. 184 e 220 cod. civ.). Per quanto riguarda il creditore che procede in virtù dell'art. 2900 cit., il problema di un elastico dovere di non nuocere si scioglie in un diverso problema di limiti rigidi posti dal legislatore all'efficacia degli atti da lui posti in essere; per cui costui può esercitare i diritti del debitore, ma non può

---

(16) DE MARINO, *Successione* cit., in numerosi luoghi e soprattutto a pp. 11-19, e 125, con documentazione storica, a proposito della seconda ipotesi menzionata nel testo. Vedi ivi anche citazioni di dottrina anteriore.

(17) Peraltro, l'elemento teleologico di una norma si può ricostruire con una « certezza », e, soprattutto, con una univocità, che hanno in sé ben poco di oggettivo (mia *Interpretazione* cit., cap. IX e X).

(18) Vedi retro, § 12, e § 21.

comprometterli, nè può gravare il patrimonio del debitore di conseguenze dannose.

Pertanto, anche dal punto di vista dell'interesse sottostante all'atto posto in essere sul rapporto giuridico altrui, non è possibile contrapporre il rappresentante al sostituto (19).

Ogni tentativo finora svolto di distinguere le due figure in base ad un elemento costante sembra fallito, tanto da far dubitare se non ci si trovi per avventura davanti ad una semplice duplicazione di concetti.

Una spiegazione storica potrebbe suffragare questa ipotesi. I giuristi francesi, com'è noto, non conoscono la figura della sostituzione; di fronte all'istituto di cui all'art. 1166 code Nap. (corrispondente al nostro art. 2900 più volte cit.), parve loro una ottima risorsa lo schema dei poteri uscenti dal mandato (o, più tardi, della procura) in rem suam, che poteva vantare qualche solido addentellato romanistico (20).

A cavalcioni fra il secolo scorso ed il nostro, in Germania (dove l'istituto tradizionale della procura in rem suam del diritto comune aveva perduto terreno) (21) nasceva il nuovo concetto della sostituzione processuale.

---

(19) Vedi in riprova, in tema di sostituzione, MESSINEO, *Manuale* cit., II, II, p. 147, secondo cui il sostituto processuale agisce per un interesse altrui. In tema di rappresentanza, la pandettistica faceva raramente menzione dell'agire nell'interesse altrui (per tutti WINDSCHEID, *Pandette*, § 73), e numerosi autori italiani (vedine elenco in PUGLIATTI, *Conflitto* cit., p. 363 in nota) rifiutarono tale connotato della rappresentanza, prima che l'art. 1388 cod. civ. non portasse nei termini del problema un fatto nuovo. Del resto, anche dopo la nuova codificazione, non mancano fermenti critici presso autori che tendono, in modo più o meno visibile, all'interpretazione abrogante dell'inciso « e nell'interesse » contenuto nell'art. cit. (CARRARO, *Mandato* cit., p. 158, MINERVINI, ultimamente in *Mandato* cit., p. 14 e sgg. Cfr. anche quegli autori che riducono l'agire nell'interesse altrui all'agire con effetto sulla sfera giuridica altrui — su questi ultimi vedi retro, § 27).

(20) Cfr. DEMOLOMBE, *Cours* cit., p. 113, e DEMOGUE, *Traité* cit., VII, p. 354.

(21) Naturalmente, non si vuol dire che il diritto germanico attuale non conosca la procura nell'interesse del rappresentato. Si intende solo affermare che i tipici casi di procura in rem suam del diritto romano (cessione del credito, ecc.) avevano perduto ogni impor-



In Italia, i codici in vigore in quell'epoca non regolavano esplicitamente nè il mandato (tanto meno la rappresentanza) in favore del mandatario, nè la sostituzione.

Per colmare questa lacuna del sistema, la dottrina (come si è documentato nelle pagine precedenti) si rivolse in parte all'una, in parte all'altra delle due figure, che così acquistarono entrambe diritto di cittadinanza in Italia; con l'avvertenza che i processualisti si famigliarizzarono presto con la sostituzione (naturalmente: processuale), e numerosi civilisti rimasero fedeli alla vecchia rappresentanza basata sulla procura in rem suam.

Si può sospettare che il nuovo legislatore, per un difetto di coordinamento, abbia parlato nel codice civile di mandato conferito anche nell'interesse del mandatario, mentre, nel codice di procedura, ha definitivamente conestato la figura del sostituto processuale. Questa mancanza di coordinazione si è aggravata con l'abuso dei termini « in nome proprio » ed « in nome altrui », a cui si sarebbero attribuiti (sempre per seguire il disforme linguaggio corrente dei civilisti e dei processualisti) valori del tutto asimmetrici (22).

Rappresentanza nell'interesse del rappresentato, e sostituzione processuale, sarebbero dunque addirittura due diversi

---

tanza perchè superati dall'evoluzione consuetudinaria del diritto comune delle Pandette.

(22) Questa supposizione riceve una conferma inaspettata da un inciso del WAHL Ed., *Vertragsansprüche Dritter in franz. Recht*, in *Beiträge ausl. intern. Privatrecht*, Berlino-Lipsia 1935, p. 20 e nota 45 ivi.

Questo autore, indubbiamente accurato e lucido nelle sue ricerche, oltre che valorosissimo comparatista, posto di fronte all'istituto francese dell'action indirecte, l'ha commentata effettuando i seguenti rilievi: che un simili istituto è difficile da inquadrare dogmaticamente; che i giuristi germanici — a differenza dei loro colleghi francesi — avrebbero pronto, nella sostituzione processuale, lo strumento per definirlo; che peraltro la parte migliore della dottrina francese o italiana ha saputo giungere ad un risultato assai simile, costruendo ad hoc la figura della procura in rem suam « Am nächsten kommt dieser Auffassung (cioè: della Prozessstandschaft) Demogue, der von einer Art Repräsentation spricht und den Gläubiger... einem procurator in rem suam nennt ».

nomi di un istituto fondamentale unico (23). Chi accogliesse questa soluzione snella e semplice farebbe un passo in avanti verso un facile inquadramento della figura di cui all'art. 2900 cod. civile.

Una difficoltà sorgerebbe però a proposito di quei casi di sostituzione processuale che non importano la spendita del nome del titolare del rapporto su cui incide la sentenza. Tali casi non potrebbero rientrare nella figura della rappresentanza, se non ammettendo una forma di rappresentanza disgiunta dalla contemplatio. Una volta negato quest'ultimo fenomeno, la sostituzione senza spendita del nome sarebbe certamente irriducibile allo schema rappresentativo.

Nessuna difficoltà speciale presenterebbero invece le ipotesi di sostituzione ammessa dalla legge per una tutela del sostituto o del terzo. Tali ipotesi potrebbero ovviamente avvicinarsi, rispettivamente, alla rappresentanza ammessa nell'interesse del dominus, o nell'interesse del terzo.

In definitiva, le varie figure giuridiche tenute sott'occhio fino ad ora si riducono ai seguenti possibili schemi:

atto compiuto in nome proprio, e munito di efficacia sulla sfera giuridica altrui, in virtù di una norma ispirata al favore del soggetto dell'atto, o del soggetto degli effetti, o di un terzo (questo tipo di nesso causale ha luogo nel processo, ed è chiamato normalmente sostituzione processuale; qualche autore non gli dà un nomen juris specifico);

atto compiuto in nome altrui, e munito di efficacia sulla sfera giuridica altrui, in virtù di una norma ispirata al favore

---

(23) Significative talune ammissioni reperibili negli autori italiani; per SANTORO PASSARELLI, *Dottrine gen. cit.*, p. 253, ai casi di rappresentanza non convenzionale, stabilita nell'interesse del soggetto dell'atto « si vorrebbe riservato il nome di sostituzione in senso stretto, ad imitazione della sostituzione processuale ». Per CALAMANDREI, *Istituzioni cit.*, p. 246, « non sempre i caratteri distintivi fra rappresentanza e sostituzione sono così netti ».

Ricorda inoltre la sentenza 25 giugno 1942 della Cassazione, illustrata nella nota 28 al § prec.: ivi si ammette per lo meno la non incompatibilità della figura del sostituto con la figura del procurator in rem suam.



del soggetto dell'atto, o del soggetto degli effetti, o di un terzo (questo tipo di nesso causale ha luogo entro e fuori del processo, e prende talora il nome di rappresentanza, e talora il nome di sostituzione).

Il fenomeno surrogatorio, in quanto si ritenga che esso non importi una *contemplatio* del nome del debitore, apparterebbe alla prima categoria. In quanto invece si ritenga che la *contemplatio* sia necessaria, esso cadrebbe nella seconda categoria.

In attesa di accertare con i normali mezzi ermeneutici se il creditore procedente in virtù dell'art. 2900 cod. civ. debba o meno spendere il nome del debitore, si può domandare ancora se — dato e non concesso che il creditore possa operare in nome proprio — questo agire in nome proprio non possa essere spiegato altrimenti che ricorrendo alla recente categoria della sostituzione.

La risposta deve essere negativa, come verrà dimostrato.

§ 28. - IL NEGOZIO CIVILISTICO POSTO IN ESSERE IN NOME  
PROPRIO SUL PATRIMONIO ALTRUI.

La dottrina discorre da tempo dei negozi civilistici posti in essere da un soggetto, il quale agisce in nome proprio, con efficacia sulla sfera giuridica altrui (mandatario ad alienare senza procura, e, secondo alcuni, creditore pignoratizio, creditori cessionarii dei beni, ed altre figure). Ci si potrebbe allora domandare perchè mai, per sostenere o per spiegare lo agire in nome proprio da parte del creditore che procede in via surrogatoria, si invochi la figura del sostituto processuale, e non si sfrutti invece la più ampia figura di colui che dispone di bene altrui senza *contemplatio*: tanto più che la posizione di favore di cui gode quest'ultimo soggetto viene conferita, frequentemente, a scopo di garanzia.

Invero, mentre incominciava ad affermarsi la teoria della sostituzione, la teoria della rappresentanza subiva attacchi anche da chi proponeva di equiparare — grosso modo — la situa-

zione del creditore che procede in via surrogatoria a quella del creditore pignoratizio (1), in quanto il potere del primo avrebbe avuto analogie strutturali con lo ius vendendi del secondo.

Quando questo insegnamento già declinava, la dottrina civilistica intensificava le indagini relative alla categoria generale degli atti di disposizione compiuti in nome proprio sul patrimonio altrui (2). Ma non ci pare che questo secondo gruppo di studiosi abbia utilizzato (nè si sia proposto di farlo) l'esperienza degli autori del primo gruppo. In genere, gli studiosi dell'atto di disposizione in nome proprio sul patrimonio altrui hanno scarse occasioni di occuparsi del fenomeno surrogatorio (3).

La domanda, che viene spontanea, è la seguente: al lume delle nuove esperienze, sarebbe possibile costruire il fenomeno surrogatorio come affine al fenomeno che si produce in conseguenza dell'autorizzazione a disporre in nome proprio, e ricavarne, eventualmente, l'irrilevanza della contemplatio?

Va premesso che sono stati elevati i più gravi dubbi sull'ammissibilità de jure condito dell'atto di disposizione in esame. Infatti, tutti gli esempi portati in questa direzione potrebbero essere ritenuti inidonei per una di queste due ragioni:

o perchè è dubbio che il soggetto dell'atto sia esonerato dalla contemplatio (caso del creditore pignoratizio (4), del creditore cessionario);

---

(1) Vedine un sufficiente cenno bibliografico retro, nota 8 al § 26.

(2) SCADUTO, *La rappresentanza mediata* cit., I, p. 531; CARIOTA FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui* cit.; PUGLIATTI, *Esecuzione* cit., p. 28 e sgg., *Rappresentanza indiretta* cit., p. 187 e sgg., e *Fiducia* cit.; CARRARO, *Mandato* cit.; MENGONI, *Acquisto* cit., parte preliminare; MINERVINI, *Mandato* cit., n. 51 e sgg. Rinvio a tali lavori per le ulteriori menzioni bibliografiche. Per brevità, ometto la menzione della nutrita letteratura in tema di contratto estimatorio, e di cessione di beni ai creditori.

(3) Forse, l'unico esempio contrario è offerto da PUGLIATTI, vedi *Esecuzione* cit., p. 165 e p. 81.

(4) Si ricordi che il minimo della contemplatio consiste semplicemente nell'esteriorizzazione della propria qualità, e non, della persona sulla cui sfera si opera (NICOLÒ, sub. art. 2900 cit., p. 35); e può ulterior-



o perchè è dubbio che il soggetto dell'atto possa direttamente provocare conseguenze nella sfera altrui (mandatario, autorizzato ad alienare): tanto che parte della dottrina esige che il mandatario ad alienare diventi previamente titolare (fiduciario) del diritto di cui deve disporre (5), mentre qualche autore nega all'alienazione compiuta dal mandatario o dall'autorizzato efficacia diversa da quella obbligatoria, salve le norme sull'alienazione di cosa altrui (6) (impregiudicata, naturalmente, la tutela della buona fede, quando ne sussistano i presupposti) (7).

mente ridursi alla semplice indicazione che il soggetto dell'atto intende allontanare dalla propria sfera gli effetti dell'atto (PUGLIATTI, *Conflitto* cit., p. 335).

Si obietterà che, ove il creditore pignoratizio o il creditore cessionario omettano la contemplatio, sarebbe ugualmente assurdo negare che il trasferimento del diritto abbia luogo. Ma, a parte la possibilità di un acquisto in virtù della buona fede; a parte la difficoltà di concepire che, in occasione di alienazione di cosa data a pegno, la « persona autorizzata » di cui all'art. 2797, 2° co., lasci credere che vende la cosa propria; a parte queste due prime premesse, ci sembra che la questione tenda ad addentellarsi in un problema più ampio, che può essere formulato così: se il negozio compiuto in nome proprio da un rappresentante (o in genere da un soggetto munito dei poteri necessari per disporre di rapporti altrui previa contemplatio) possa essere considerato invalido quando dall'omessa spendita del nome non derivi alcuna conseguenza pratica nociva al rappresentato nè al terzo (su questo punto vedi ancora un cenno oltre, nota 9).

(5) E' la nota tesi di CARRARO, *Mandato* cit.

(6) Con diverse premesse, PUGLIATTI, monografie ultime citt., MINERVINI, *Mandato* cit., p. 117 fino a p. 130.

(7) Confesso qualche perplessità di fronte all'invocazione, in questa sede, dell'art. 1153 cod. civ., come norma di applicazione generale ed indiscriminata. Infatti, se si nega che il mandatario o l'autorizzato siano momentaneamente titolari del diritto che alienano; se si nega inoltre che siano muniti di una facoltà, o di un potere, o diritto, di disposizione; le conseguenze logiche di queste premesse saranno che: in caso di atto di disposizione compiuto dal mandatario o dall'autorizzato, la buona fede invocata dal terzo ai fini di cui all'art. 1153 cod. civ. dovrebbe consistere proprio nella erronea opinione che l'alienante, lungi dall'essere un autorizzato o un mandatario, sia il proprietario. Ciò premesso, sembrerebbe strano che si esiga dal terzo, il quale acquisti dall'estimatario, l'ignoranza della sua qualità di non proprietario (semprechè non si voglia ritenere che il contratto estimatorio trasferisca la proprietà).

Nella dottrina è peraltro ben rappresentata la corrente favorevole alla piena ammissione della cessione — da parte del titolare di un diritto — della esclusiva o concorrente legittimazione a disporre, o facoltà (o diritto) di disposizione (8).

Ove si ritenga di aderire a quest'ultima tendenza (9), ecco che si troverebbe pronto lo schema per inquadrare gli atti

---

(8) Per tutti MENGONI, ai fini dell'inquadramento dell'acquisto a non domino (*Acquisto cit.*, loc. cit.); SALVI, *Cessione dei beni cit.*; DE MARTINI, *Profilo giuridico cit.*, p. 513 e sgg.

Il problema in esame si snellisce assai una volta disancorato dalle costruzioni e dai « concetti » della facoltà, del potere, della legittimazione, ecc.

Bisogna prendere le mosse da questa constatazione: il problema dell'efficacia dell'atto compiuto dal non titolare è il problema del nesso giuridico corrente fra un certo fatto ed un certo effetto (« La volontà negoziale, nel mondo del diritto, si esaurisce nella zona del fatto »: BARBERO, *Teoria generale cit.*, p. 126, e altrove; MENGONI, *Acquisto cit.*, p. 27. Per una formulazione più completa, vedi ALLARA, *Nozioni cit.*, I, p. 238).

Il problema dell'attribuzione di quell'effetto a quell'atto ad opera di un precedente (o susseguente) negozio è un problema di limiti dell'autonomia negoziale.

(9) L'argomento più forte a favore di questa soluzione sembra essere il seguente: l'azione di revindica a favore del proprietario (che ha concesso ad un gestore l'autorizzazione a disporre in nome proprio) contro l'acquirente dal gestore sarebbe così insopportabilmente immorale, che l'interprete non può ammetterla senza un preciso disposto nella legge. La regola morale che qui abbiamo richiamato è quella tradizionalmente nota nella formulazione *Nemo potest contra factum proprium venire*.

Quanto si è detto non impedirà che — nelle ipotesi in cui sia nociva la non continuità delle trascrizioni — il terzo, il quale acquisti dall'autorizzato che aliena in proprio nome, abbia l'onere di cautelarsi contro relativi rischi (rinunciando, eventualmente, a contrattare).

Va da sè, inoltre, che queste osservazioni non pregiudicano l'ulteriore problema, se sia possibile (volendolo le parti) un previo trasferimento fiduciario dal mandante al mandatario, o dall'autorizzante all'autorizzato.

Si noti, del resto, che l'efficacia sul patrimonio altrui degli atti compiuti in nome proprio è al centro di numerosi problemi dibattuti dalle dottrine straniere. Ricorderò a questo proposito la rassegna di LOEBL, *Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen (Ein Beitrag zur Lehre von der Innen- und Aussenwirkung der Obligation)*, in *Archiv f. d. Civ. Praxis* 1928, IX, p. 257 e sgg., e 1929, X, p. 1 e sgg.



surrogatorii come atti compiuti nel proprio nome (fermo restando che i poteri del creditore deriverebbero normalmente da una fattispecie non negoziale, a differenza dei poteri del mandatario e dell'autorizzato).

Nè una difficoltà può sorgere per il diverso atteggiarsi dell'interesse nelle diverse specie, perchè è pacifico che, nell'ambito dei soggetti facoltizzati a disporre sulla sfera altrui in nome proprio, taluni operano nel proprio interesse (creditore pignoratizio, ove si ritenga di ascriverlo a questa categoria, autorizzato in senso stretto), ed altri, invece, nell'interesse del soggetto della sfera giuridica (mandatario non in rem suam) (10).

A questo punto si possono fissare alcuni punti fermi, traendoli dalle osservazioni fin qui svolte. Innanzitutto si deve constatare la grande ricchezza di fenomeni avuti sotto gli occhi: in essi si intrecciano in modo vario l'agire in nome proprio o altrui, l'agire per conto proprio o altrui, l'agire nell'interesse proprio o altrui, l'agire sulla sfera giuridica propria o altrui.

Si può aggiungere, come secondo risultato della rassegna, che le varie categorie fin qui considerate non hanno sempre ricevuto, attraverso all'elaborazione storica dottrinale, confini del tutto netti e determinati: o che, per lo meno, i loro confini e le loro note concettuali caratteristiche non fanno perno, in modo costante, sempre sullo stesso elemento (sia poi esso la spendita del nome, o l'interesse sottostante, ecc.).

Tutto ciò probabilmente dipende dall'impostazione legislativa del problema degli atti destinati ad avere efficacia sulla sfera giuridica di un soggetto diverso dall'autore dell'atto.

Il legislatore (o meglio, la produzione normativa succedutasi nei secoli, ed integrata dal pensiero dei giuristi) non conosce una categoria generale degli atti efficaci sulla sfera

---

(10) MENGONI, *Acquisto* cit., p. 47; CARRARO, *Mandato* cit., p. 158; si noti però che per quest'ultimo autore l'alienazione, operata dal mandatario o dall'autorizzato ad agire in nome proprio, è formalmente alienazione di cose propria (in quanto la cosa alienata diverrebbe per un istante propria del mandatario).

giuridica altrui, e non conosce nemmeno categorie generali di atti compiuti in nome proprio ed in nome altrui, di atti compiuti nell'interesse proprio e nell'interesse altrui, e così via (11).

E' vero, piuttosto, che si sono stratificati nel tempo vari istituti autonomi e tipici, che prevedono singoli gruppi di atti efficaci sulla sfera giuridica altrui, ovvero singole figure e singole situazioni, sussistendo le quali l'atto compiuto dal soggetto della situazione ha un certo effetto fuori della sua propria sfera giuridica.

A seconda delle singole ipotesi, le figure che sono emerse da questa sovrapposizione di istituti possono essere caratterizzate ora dalla ratio (dall'interesse che la relativa norma ha voluto proteggere), ora dalla natura o dalle modalità dell'atto (spendita, o mancata spendita, del nome, contenuto dell'atto), ora dalla fonte del potere; ora, infine, da vari e compositi requisiti, richiesti cumulativamente o alternativamente.

Le numerose figure finora incontrate, sono, del resto, ben lontane dall'esaurire l'insieme degli atti aventi un effetto sulla sfera giuridica altrui. Basti ricordare, a questo proposito, quali siano gli effetti della *negotiorum gestio*, del testamento che imponga un obbligo all'erede o al legatario, della stipulazione a favore dei terzi, del contratto per persona da nominare, della cambiale sottoscritta in nome altrui da chi non aveva il potere di farlo, dell'alienazione di cosa altrui seguita dall'acquisto in capo all'alienante, dell'acquisto di cose mobili da parte del mandatario, ecc. (12).

---

(11) Varii tentativi sono stati fatti per mettere ordine, almeno dal punto di vista dottrinario, nel mare magnum degli atti aventi effetto sulla sfera giuridica altrui. Dal primo tentativo del CARIOTA FERRARA (*Negotii patr. altrui cit.*) ad oggi varie classificazioni sono state proposte; nessuna di esse può però dirsi definitiva.

(12) La teoria secondo cui il mandante avrebbe, sui beni mobili acquistati dal mandatario, solo un diritto derivato dal diritto spettante al mandatario stesso, è una conseguenza diretta del dogma (tutt'altro che dimostrato) che nessuno possa acquistare in base ad atti posti in essere da un estraneo senza *contemplatio*.



E, accanto a questo gruppo di esempi, si debbono ricordare quegli atti che sono efficaci sulla sfera giuridica altrui quando intervengano determinate circostanze nella sfera del terzo che si avvantaggia dell'atto (acquisti a non domino in senso tecnico, efficaci in base alla buona fede, ecc).

Di fronte a questa latissima ricchezza di schemi imposti o messi a disposizione dei soggetti del traffico giuridico, di fronte poi alla scarsa omogeneità di alcune categorie giuridiche antiche e recenti (vedi soprattutto il mandatario senza rappresentanza (13) ed il sostituto processuale) (14), si deve rinunciare ad inquadrare previamente il creditore che procede ex art. 2900 cit. (per poi ricercare deduttivamente le conseguenze pratiche relative alla contemplatio). Si deve invece risolvere il problema della spendita del nome in base ai comuni criterii ermeneutici, salva poi la successiva e consequenziale configurazione dogmatica del fenomeno surrogatorio.

Ma, prima di abbandonare la direzione fino qui seguita dalla dottrina, vediamo ancora se per avventura le situazioni in questione (potere di rappresentanza, potere di sostituzione, facoltà di disposizione) non posseggano caratteristiche ulteriori — rispetto a quelle finora esaminate —, sufficienti a garantire un rapido riordinamento dei concetti ed un definitivo assestamento del fenomeno surrogatorio in uno degli schemi generali comunemente accettati alla dottrina.

#### § 29. - FENOMENO SURROGATORIO E LEGITTIMAZIONE ALL'ATTO.

Le contrapposizioni in esame (fra facoltizzato a disporre e rappresentante, fra rappresentante e sostituto) vengono conservate (oltrechè per le differenze che si riscontrano in fatto

---

(13) Il mandatario ad alienare senza rappresentanza può agire sulla sfera propria (quando sia incaricato di alienare una cosa propria, o quando venga reso titolare fiduciario del diritto di cui deve disporre) o sulla sfera altrui, e può operare nell'interesse proprio (mandato di cui all'art. 1723 più volte cit.) come nell'interesse altrui.

(14) Il sostituto, come s'è visto, può agire in nome proprio o altrui, nell'interesse proprio o altrui, per conto proprio o altrui.

di contemplatio e di interessi sottostanti) perchè nelle diverse ipotesi si atteggierebbero in modo diverso la legittimazione al negozio (1), il potere di procedere all'atto (2), o il diritto di porre in essere l'atto stesso (3).

Prendendo le mosse dalla legittimazione, si rileva come tale concetto può venire utilizzato, con un procedimento semplice e snello, per chiarire che un certo atto è produttivo di certi effetti su una determinata sfera giuridica *in quanto provenga da un determinato soggetto* (4).

Il soggetto in grado di porre in essere mediante un proprio atto certi effetti giuridici nei confronti di una certa sfera giuridica vien detto, a questa stregua, legittimato a compiere l'atto. In questo primo significato il rappresentante è certo un legittimato, tanto quanto il facoltizzato ed il sostituto (5).

---

(1) Che spetterebbe, ad es., al sostituto e non al rappresentante; ovvero, al facoltizzato e non al procuratore.

(2) Che spetterebbe a taluni rappresentanti, e non ad altri.

(3) Nota come la pertinenza (al soggetto dell'atto) della legittimazione, del potere, e del diritto all'azione potrebbero costituire altrettante eventuali autonome spiegazioni dell'espressione « in nome proprio » dell'art. 81 cod. proc. civ.

(4) Normalmente si fa intervenire nella legittimazione un ulteriore requisito: l'atto efficace deve essere altresì lecito (inconsequentemente, però, non si tiene conto dell'eventuale antigiuridicità dipendente dalla violazione di un rapporto obbligatorio). In ogni caso questo requisito non interessa in questa sede.

Su questo piano più generale, intendo ribadire, di fronte al concetto di legittimazione, la mia precedente presa di posizione (*Buona fede cit.*, p. 167), secondo cui la commistione dei due elementi dall'efficacia dell'atto, e della sua liceità, è infruttuosa. C'è un atto lecito, e c'è un atto efficace. Il trattamento dell'atto lecito ed efficace ad un tempo non rappresenta altro che la somma dello specifico trattamento della liceità e dell'efficacia dell'atto.

(5) Vedi questa definizione in BARBERO, *Legittimazione cit.*, p. 50. Si consideri che questo modo di espressione è il più antico ed il più diffuso. Quando la dottrina incominciò ad enucleare la rappresentanza dal mandato, la posizione giuridica del rappresentante venne definita dapprima come una *legittimazione rappresentativa* (PACCHIONI, *Addizione cit.*, p. 771 in nota). Tra i processualisti, ammettono che il rappresentante sia legittimato all'azione ed abbia un proprio potere al pari del sostituto soprattutto CARNELUTTI, *Teoria generale cit.*, p. 186 e sgg., *Diritto e processo cit.*, p. 225 e sgg., qui p. 298, e GARBAGNATI, *Sostitu-*



Altre volte, viceversa, affiora un altro concetto di legittimazione, facente perno non tanto sull'attitudine di un certo soggetto a compiere efficacemente un certo atto, quanto sull'attitudine di un certo soggetto a risentire le conseguenze (vicende di interessi o vicende di rapporti giuridici) dell'atto efficacemente posto in essere: « La legittimazione della parte può definirsi come la competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento d'interessi avuti di mira; competenza, la quale risulta da una specifica posizione del soggetto rispetto agli interessi che si tratta di regolare » (6).

Ciò premesso, se la legittimazione (od il potere) cessano di essere la semplice traduzione del nesso causale che lega certe conseguenze giuridiche ad un certo atto giuridico, e diventano invece a) una relazione fra il soggetto dell'atto ed un bene giuridico, o b) lo strumento legale che protegge una certa persona dall'eventualità di vicende di rapporti giuridici contrarie al suo interesse (od alla sua volontà), ecco che la legittimazione (ed il potere) divengono suscettibili di una subbiettivizzazione fondata sul gioco degli interessi protetti dalla legge, e sui molteplici « indici » di questa protezione (fonte,

---

zione cit., p. 173 fino a p. 191. Fra i civilisti, in questo senso TRABUCCHI, *Istituzioni* cit., p. 122 e sgg., NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 34 e sgg.

(6) Vedi questa definizione composita in BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 219. L'autore cit. si dimostra ben conscio, nelle pagine successive, che altra è la competenza *ad ottenere*, ed altra la competenza *a risentire* gli effetti del negozio. Il problema è visibile proprio nel nostro campo. Il sostituto (nel senso più usuale, cioè il sostituto nel proprio interesse) risente, se non del regolamento di rapporti giuridici (dato che i rapporti giuridici di cui si tratta sono alieni), almeno del regolamento di interessi. Il rappresentante (nel caso più usuale, in cui non operi anche un interesse suo proprio) non risente invece di questo regolamento. Per il BETTI, op. loc. cit., tanto il sostituto quanto il rappresentante sono legittimati di secondo grado. Però lo stesso autore, quando si muove sul terreno processuale (*Diritto processuale* cit., p. 158 e sgg.), irrigidisce la definizione di legittimazione, perchè, pur tenendo fermo l'elemento della « competenza ad ottenere » (p. 158), dà importanza decisiva alla « relazione della persona dell'attore o del convenuto col rapporto o stato giuridico litigioso » (p. 159), cosicchè riconosce natura di parte processuale al sostituto (p. 162), riducendo invece il rappresentante alla più modesta posizione di legittimato ad processum (p. 163 e altrove).

e causa di estinzione della situazione che consente ad un certo soggetto di incidere con un proprio atto su quel dato rapporto, requisito dell'agire in nome proprio).

Ma, per chi abbia superato la comune contrapposizione del sostituto (interessato alle conseguenze dell'atto) al rappresentante od al mandatario (non interessato a tali conseguenze), la stessa qualifica della legittimazione come modo di protezione di un interesse non verrebbe ad interferire sulla distinzione fra sostituto e rappresentante, ma, semmai, sulla contrapposizione fra sostituto, mandatario, autorizzato, e rappresentante, i quali procedano nel proprio interesse, e sostituto, mandatario, autorizzato, rappresentante, i quali procedano nell'interesse altrui.

I risultati cambiano se la legittimazione, sciolta dal problema degli interessi, si enuclea (secondo uno degli incisi della definizione composita ora vista) dalla sola « posizione specifica del disponente rispetto all'oggetto dell'atto di disposizione », come ulteriore elemento distintivo nell'ambito della possibilità di porre in essere un certo effetto mediante un atto lecito (7).

Con questa concezione, naturalmente, la legittimazione tende a subiettivizzarsi in capo al soggetto degli effetti giuridici, anzichè presso l'autore dell'atto: con la conseguenza che il rappresentante non potrà essere legittimato. Si osservi però che, una volta ammesso questo criterio distintivo, esso porta a negare anche la legittimazione del sostituto (il quale non è soggetto degli effetti giuridici dell'atto che compie) (8), e dovrebbe portare a negare anche la legittimazione del mandatario ad alienare, almeno in ordine agli effetti reali prodotti nella sfera del mandante (9).

---

(7) Oltre a BETTI, ultimo luogo cit., cfr. MENGONI, *Acquisto* cit. (vedi menzionato a p. 38 e 46 il requisito da noi riportato tra virgolette).

(8) Il MENGONI, op. loc. cit., non ha occasione di occuparsi della sostituzione.

(9) Dagli autt. citt. si cerca di evitare questa conseguenza equiparando alla specifica posizione di cui sopra certi « rapporti di varia natura di un soggetto diverso dal titolare con quest'ultimo » (MENGONI, p. 38), ed invocando il « particolare rapporto » corrente fra mandatario e man-



In una parola, l'impostazione delle diverse categorie, condotta dal punto di vista della legittimazione, non consente alcun progresso. Si riscontra una molteplicità di concetti di legittimazione (la legittimazione-liceità; la legittimazione-efficacia; la legittimazione-titolarità; la legittimazione-interessi), tutti quanti forniti di un predicato determinativo; ad un esame ulteriore il predicato determinativo risulta autosufficiente, ed il termine legittimazione risulta pleonastico (10). Di fronte ad ognuno di questi predicati (liceità, efficacia dell'atto, interesse alle conseguenze, titolarità degli effetti) il sostituto, il rappresentante ed il facoltizzato a disporre in nome proprio si trovano in situazioni del tutto analoghe.

Un discorso analogo si deve fare per chi volesse salvare le consuete contrapposizioni fra rappresentante, sostituti, ecc., prendendo le mosse della nota teoria che nega al rappresentante convenzionale la titolarità di un qualsivoglia « potere ». Si noti che, secondo questo insegnamento, lo stesso fenomeno

---

dante, fra autorizzato ed autorizzante, ecc. Ma (a parte la circostanza che, così procedendo, i due diversi requisiti-indice della legittimazione vengono a mancare di una nota concettuale comune) può ben darsi il caso che il rappresentante sia mandatario oppure che la procura si innesti su di un'autorizzazione, e che pertanto anche il rappresentante vanti un particolare rapporto nel senso ora detto. Per rispondere a questa obiezione, si potrebbe invocare la discriminante fondata sull'agire in nome proprio (MENGONI, p. 45): il che significherebbe, però, far dipendere la legittimazione da una modalità della fattispecie negoziale. Una ragione, che spinge a differenziare il caso del mandatario ad alienare dal caso del rappresentante consiste più propriamente in un criterio di attrazione e di approssimazione; poichè il mandatario è titolare di tutti gli effetti obbligatorii dell'atto, sarebbe sembrato strano (anche se, in fondo, più logico) spezzare la sua legittimazione, riconoscendola solo in ordine alle clausole obbligatorie e acquisitive del negozio, negandogliela invece in ordine alle clausole reali traslative operanti su beni del mandatario.

(10) Ed inoltre equivoco quanto mai: poichè si parla di legittimazione anche per indicare: la situazione di titolarità risultante da certi indici di apparenza (pubblicità, detenzione, ecc.), diversa dalla situazione reale; la cosiddetta titolarità formale contrapposta alla cosiddetta titolarità sostanziale; la sussistenza di mezzi probatori tendenti a lasciar credere una situazione di titolarità difforme dalla realtà, ecc., ecc.

Com'è noto, lo stesso concetto generale di legittimazione non ha trovato sempre accoglienze favorevoli.

della rappresentanza nell'interesse del rappresentato viene suddiviso in due ipotesi ben distinte. Il rappresentante legale avrebbe un potere proprio, che gli deriverebbe dall'ufficio a cui è preposto. Il rappresentante convenzionale non avrebbe alcun potere, per l'opposta ragione. E' chiaro che anche il sostituto si troverebbe in questa ultima condizione (11).

Tuttavia, la larghezza dei consensi incontrati (anche prima della nuova codificazione) dalla figura della sostituzione processuale, ed inoltre la frequenza dell'affermazione (quasi pacifica tra i processualisti) che il sostituto procede « in nome proprio » non possono non avere una ragione d'essere, che merita di essere ricercata.

Si potranno prendere le mosse da un'osservazione del CARNELUTTI (12). Questo autore, tentando una costruzione unitaria del fenomeno della legittimazione sostanziale e processuale (come « dipendenza di un rapporto qualificato da un rapporto qualificante ») ha finito per chiarire la profonda differenza fra la legittimazione sostanziale (che importa vera esistenza del rapporto qualificante; non può trasferire la proprietà chi non è a sua volta proprietario) e la legittimazione processuale (può ottenere una sentenza sul merito chiunque *affermi* la sussistenza del rapporto qualificante) (13).

---

(11) Con un'unica riserva: il PUGLIATTI (che, com'è notissimo, ha elaborato questa teoria — cfr. *Esecuzione cit.*, prime cento pagg., *Atto di disposiz. cit.*, *Potere di disposizione cit.* — con l'ausilio di qualche addentellato offertogli in precedenza dal CARNELUTTI) tiene fermo che i creditori cessionari operano a nome del debitore (*Esecuzione cit.*, p. 81), e che il creditore che procede ex art. 1234 cod. civ. abr. (oggi 2900) opera in rappresentanza del debitore; ma sa chiarire che, in tutti i casi di procura in rem suam (azione surrogatoria implicitamente compresa) si ha un avvicinamento alla figura della rappresentanza legale, in base a due fenomeni: la rilevanza dell'interesse del soggetto dell'atto, e la sottrazione della posizione, in cui si trova il procuratore, al libito del titolare del rapporto.

(12) *Teoria generale cit.*, p. 138 e sgg.

(13) La migliore dottrina processualistica ha fatto buon viso a questa concezione. Per tutti BETTI, *Dir. processuale cit.*, p. 160; fra i civilisti che se ne sono occupati in sede di indagine processualistica



Più analiticamente, si è osservato che la legittimazione processuale è, come potere di ottenere una « sentenza qualunque », la quale non scenda al merito della questione, propria del *civis uti civis* (e non è subordinata ad alcuna specifica posizione del soggetto che propone la domanda); come potere di ottenere la sentenza che scenda al merito, è propria di chi affermi la titolarità (o talune altre specifiche posizioni) in ordine al rapporto dedotto nella domanda, quale è affermato o negato dal soggetto; come potere di ottenere la sentenza favorevole, spetta a chi sia effettivamente titolare (od abbia un'altra speciale posizione) rispetto al rapporto dedotto nella domanda (14).

Ma, a prescindere da questa ulteriore precisazione, vien fatto di domandarsi se la legittimazione processuale (almeno in taluno dei diversi significati che tale termine può avere) non si presti a particolari estensioni o limitazioni rispetto al concetto della legittimazione sostanziale, e se, in virtù di una di queste estensioni, vi si possa far rientrare appunto il sostituto, a differenza del rappresentante.

Anche a questa domanda è giocoforza rispondere in senso negativo. E' vero che non è nè sufficiente nè necessario *essere titolari* di un rapporto sostanziale (ma occorre invece *allegare* questa titolarità) perchè il giudice sia tenuto ad emanare una sentenza sul merito; è altrettanto vero che un fenomeno simmetrico non avviene in ordine alla posizione processuale del sosti-

---

vedi BARBERO, *Legittimazione* cit., p. 48 (però con più complesso inquadramento dell'istituto).

Qui non interessa l'ulteriore individuazione, proposta dal CARNELUTTI, del rapporto qualificante, che si ridurrebbe — nel processo — ad una « sia pur minima apparenza » del rapporto fatto valere, o, meglio, ad una « semplice possibilità » di tale rapporto. Questo accorgimento non spiega sufficientemente il fenomeno, sia perchè è assurdo ammettere che sussistano contemporaneamente più apparenze (l'una a favore — si supponga — dell'attore rivendicante e l'altra a favore dell'eventuale interveniente principale che propone a sua volta una rivendica), sia perchè, se l'attore si limitasse ad allegare l'apparenza del rapporto sostanziale non otterrebbe, attraverso a questo ripiego, la sentenza di merito.

(14) Così BARBERO, *Legittimazione* cit., p. 48.

tuto o del rappresentante; per cui il giudice, se richiesto da colui che allegghi di trovarsi in una posizione tale da giustificare una sua sostituzione, od un fenomeno di rappresentanza, potrà (qualora la fattispecie costitutiva di tale situazione non venga provata), respingere la domanda senza entrare sul merito del rapporto fatto valere in giudizio. Ma è anche vero che questa soluzione vale tanto nei confronti della sostituzione, quanto nei confronti della rappresentanza.

Così respinta l'ipotesi che il sostituto ed il rappresentante abbiano veste difforme ai fini della legittimazione processuale, restano da esplorare nuove ed ulteriori differenze di trattamento fra i due soggetti.

Così ad es. si è detto che il sostituto (a differenza del rappresentante) è parte nel giudizio; che è tenuto a sobbarcarsi le spese della lite; che può rispondere ad un interrogatorio formale, che non può deporre quale teste, ecc.

Il problema del carico delle spese avrebbe un'importanza di primo piano, dopochè è stato acutamente osservato che il fenomeno dell'«incidenza del costo dell'atto» opera non solo nel campo (della sostituzione) processuale, ma anche nel campo (della sostituzione) sostanziale (15). Però questa distinzione non importa, nemmeno in via di principio, una rigorosa diversità di struttura fra sostituzione e rappresentanza; essa significa soltanto che *non tutti gli effetti* del comportamento dell'autore del negozio vengono respinti dalla sua sfera giuridica, per cadere nella sfera giuridica del soggetto delle conseguenze (16).

---

(15) BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 557.

(16) Si noti che spesso l'attribuzione del carico di spese al soggetto dell'atto o al soggetto del negozio non è in funzione del cosiddetto intento negoziale qual'è espresso attraverso alla contemplatio. Il negozio può portare effetti sulla sfera dell'uno o dell'altro soggetto in base al principio dell'autonomia negoziale (adeguamento degli effetti alla sussistenza o meno della spendita del nome), in base alla sovrapposizione della legge al negozio (cfr. soprattutto gli oneri tributari, e relativi fenomeni di solidarietà), in base alla considerazione del negozio non già come manifestazione di autonomia ma come illecito, come atto assoggettato ad imposte o tasse di varia natura, ecc. Non è detto che la rappresentanza operi nello stesso modo, qualunque sia



In via di applicazione, poi, è stato giustamente rilevato che non sempre sopporta le spese il soggetto che agisce in nome proprio, e che non sempre ne risulta esonerato chi spende il nome altrui (17).

Quanto alle altre conseguenze della distinzione (possibilità di testimoniare efficacemente, ecc.), i relativi problemi (che in buona parte si collegano con la costruzione della figura della « parte » processuale) sono tutti problemi processuali, ed esulano dall'oggetto della presente monografia.

In altre parole, mentre si deve negare in modo assoluto che la ricostruzione della struttura del fenomeno di cui all'art. 2900 cod. cit. debba passare attraverso alle strettoie della contrapposizione fra rappresentanza (specie se in rem suam), potere derivante da autorizzazione e sostituzione (18), non si può escludere a priori che essa renda utili servigi ai cultori del diritto processuale.

#### § 30. - FENOMENO SURROGATORIO E SPENDITA DEL NOME.

Da quanto si è detto, esce confermato che il problema pratico dell'imposizione di un onere di contemplatio a carico del creditore che procede in via surrogatoria non può risolversi in via di deduzione logica dalla appartenenza del nostro istituto alla classe dei fenomeni di sostituzione, od alla classe dei fenomeni di rappresentanza.

Scendendo ad una disamina concreta delle buone ragioni addotte dalla dottrina per imporre al creditore che procede ex art. 2900 la previa dichiarazione della qualità in cui agisce (1),

---

la ratio delle conseguenze che l'ordinamento giuridico riconnette all'atto.

(17) Ancora BETTI, loc. ult. cit.

(18) Così, senza dirlo espressamente, NICOLÒ, nella monografia citata, sub art. 2900.

(1) Contrariamente a quanto si potrebbe credere leggendo la consuetissima espressione « il creditore agisce ex art. 2900 in nome proprio », si stenta addirittura a trovare un solo autore che dispensi espli-

sembrano decisive due argomentazioni: quella del Garbagnati e del Nicolò, secondo cui, finchè il creditore agisce senza dichiarare la propria qualità, il giudice non saprebbe certamente dargli ragione, perchè non potrebbe ricavarsi il fondamento del suo buon diritto (e — aggiungerò, con riferimento al fenomeno surrogatorio stragiudiziale — il terzo obbligato dovrebbe considerare l'atto posto in essere dal creditore come proveniente da un estraneo, sì che non lo si potrebbe ritenere vincolato a tenere tale atto in considerazione); quella del Messineo e del Carraro, secondo cui l'agire in nome proprio con effetto sulla sfera altrui è istituto eccezionale (2).

Entrambe le constatazioni appaiono perfettamente calzanti.

Una giusta protezione dell'interesse del terzo alla certezza dei diritti esige che il creditore sottostia ad un preciso onere di dichiarare che il rapporto su cui intende agire è quello del debitore; e di dichiarare altresì che la veste in cui egli procede è quella del creditore di cui all'art. 2900 cit. Tanto potrebbe bastare per ritornare alla teoria vecchia (e non mai del tutto

---

citamente il creditore dalla indicazione dell'alienità del rapporto su cui vuole agire.

Un autore ha voluto menzionare una serie di sostenitori della tesi che la *contemplatio* è segno della rappresentanza in senso stretto, ad esclusione del fenomeno surrogatorio (Nicolò, sub art. 2900 cit., p. 21). Ma gli esempi da lui esposti sono tutti controvertibili.

CICU, PACCHIONI, D'AVANZO, ivi cit., nell'affermare che il creditore agisce nomine proprio, si riferiscono all'interesse sottostante, od al diritto di procedere, e non già alla *contemplatio*.

PUGLIATTI, ivi cit., nega sì che il sostituto effettui la *contemplatio*, ma non fa certamente rientrare l'azione surrogatoria nei fenomeni di sostituzione.

GARBAGNATI, ivi cit., afferma che tutti i sostituti processuali (fra i quali egli ricomprende il creditore che procede in via surrogatoria) effettuano la *contemplatio*.

Quanto agli ulteriori autori non richiamati in tale elenco, vedi come lo stesso NICOLÒ affermi ben chiaramente che il creditore deve spendere il nome del debitore (sub art. 2900 cit., p. 36). Lo stesso avviene per ogni autore che riconduca il fenomeno surrogatorio ad una ipotesi di rappresentanza.

(2) MESSINEO, *Manuale* cit., II, II, p. 147; CARRARO, *Mandato* cit., p. 17; GARBAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 206 e sgg.; NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 35.



abbandonata) secondo cui il creditore procede ex art. 2900 in nome altrui, per un interesse proprio.

Ed anche l'accostamento fra creditore procedente ex articolo 2900 e rappresentante ex lege in rem suam ne uscirebbe, com'è ovvio, rivalutato. Dicesi però « accostamento », e non « identità », per la fondamentale ragione che si è già dibattuta: quand'anche fra le forme consuete di rappresentanza da un lato, ed il procedimento surrogatorio dall'altro, nessuna differenza intercorra in ordine alla spendita del nome, in ordine all'interesse sottostante all'atto o protetto dalla norma, o in ordine al funzionamento del nesso causale fra atto di un soggetto e conseguenze facenti capo ad altri, tuttavia la norma potrebbe bene aver limitato il concetto legale di rappresentanza in funzione di elementi del tutto estrinseci rispetto a quel nesso causale, a quella spendita del nome ed a quell'interesse sottostante. Ad es., il legislatore potrebbe bene soffermare la sua attenzione sulle diverse fattispecie-presupposti dei fenomeni in esame (sulle cosiddette fonti dei poteri, da non confondersi con la fattispecie posta in essere dal rappresentante o dal creditore) ed averle elevate al rango di note concettuali di categorie normativamente differenziate (3).

---

(3) Fuori del campo processuale (per cui è significativo il 2° co. dell'art. 2900, certamente repugnante al regolamento del fenomeno rappresentativo), il regolamento dell'azione surrogatoria tende a coincidere sempre con il regolamento di almeno una delle ipotesi tradizionali di rappresentanza (si tenga presente che rappresentanza legale e convenzionale, revocabile ed irrevocabile, sono rette da *regulae iuris* specializzate). Talora questa coincidenza potrà essere il frutto di una interpretazione antiletterale della legge. Si pensi, ad es., alla posizione dell'interdetto di fronte al potere di rappresentare un terzo. A prima vista, secondo le regole della rappresentanza tradizionale, egli non dovrebbe mai compiere un atto in nome di un estraneo per mezzo del proprio tutore. Infatti l'interdetto, qualora sia munito di una procura, agirà di persona in nome altrui (art. 1389 cod. civ.). Una soluzione opposta dovrà invece essere accolta in tema di atto surrogatorio, concesso al creditore interdetto: in questo caso, spetterà al tutore operare con doppia spendita del nome (del creditore incapace, del debitore).

Peraltro, si può mettere in dubbio che una rappresentanza in rem suam, stabilita in favore dell'incapace (ad es.: con funzione di garanzia), attribuisca a quest'ultimo il potere di agire di persona; l'art.

Il problema dell'applicabilità al creditore delle norme dettate in tema di rappresentanza dovrebbe quindi, in ogni caso, considerarsi impregiudicato (4).

§ 31. - IL CREDITORE PROCEDENTE SENZA SPENDITA DEL NOME.

Ma, dopo aver concluso che il creditore che procede in via surrogatoria ha l'onere di spendere il nome del debitore, è giusto definire la precisa portata e le specifiche condizioni di validità del risultato raggiunto.

Innanzitutto, a proposito della stessa rappresentanza volontaria e degli incapaci, si domanda se essa non possa operare anche fuori del campo delle dichiarazioni di volontà e di scienza, per intervenire nel campo dei cosiddetti atti materiali leciti (occupazione, specificazione, ecc.); beninteso, a condizione di eliminare il requisito della spendita del nome altrui. La risposta è prevalentemente negativa (1).

---

1398 cit. rende irrilevante l'incapacità, perchè l'eventuale inesperienza dell'incapace nuocerebbe solo al dominus che gli ha conferito il potere; e, a questo dominus che si lagni dell'atto concluso dall'incapace, sarà facile rispondere con la formula « imputet sibi ». Ma il discorso cambia se il conferimento del potere mette l'incapace in condizione di poter nuocere a se stesso.

(4) Anzi, in una certa misura questo modo di tipizzazione della rappresentanza è certamente presente nelle leggi. A nessuno verrebbe in mente di dire, ad es., che lo stipulante a favore di terzo è un rappresentante. Eppure lo stipulante in favore d'altri menziona con chiarezza il nome del soggetto degli effetti dell'atto, agisce nell'interesse altrui (oltre che per un interesse proprio, che però spesso si ridurrà all'interesse all'adempimento di un proprio dovere — interesse che, a sua volta, sottosta, di norma, alle stipulazioni del rappresentante volontario o legale).

Vedi ulteriori considerazioni retro, nota 6 al § 26.

(1) BETTI, *Teoria negozio* cit., p. 543 e sgg., TRABUCCHI, *Istituzioni* cit., p. 123, BARBERO, *Sistema* cit., I, p. 366 e sgg., CARRARO, *Mandato* cit., p. 5.

Meno preclusivo CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., p. 186 e sgg. (però in quanto estende parallelamente il concetto di negozio, ivi p. 221). Estende chiaramente il fenomeno della rappresentanza a tutti i cosiddetti atti giuridici leciti in senso stretto (fra cui esplicitamente richiamati l'impossessamento e la « destinazione del padre di famiglia »)



Orbene, in queste ipotesi residua solo un problema di nesso causale fra il comportamento dell'un soggetto e la vicenda che si verifica in capo all'altro soggetto, senza che si possa risuoddividere la categoria di questi comportamenti efficaci sulla sfera altrui a seconda dell'avvenuta od omessa spendita del nome.

In altre parole, nell'ambito dei cosiddetti atti materiali leciti, la categoria specifica della rappresentanza diviene inservibile e bisogna ricorrere alla più generica classe dei comportamenti leciti aventi un effetto sulla sfera giuridica altrui: con termine figurato, si potrebbe dire che, passando dall'atto negoziale al cosiddetto atto materiale posto in essere con effetto diretto nel patrimonio altrui, ci si imbatte in una « zona d'indifferenza », dove non è possibile distinguere un comportamento che il soggetto tiene in nome proprio, da un comportamento che il soggetto tiene in nome altrui.

Il fenomeno surrogatorio si estende anche in questa « zona d'indifferenza ».

E' vero che, conforme ad un insegnamento tradizionale (2) oggi avvalorato dalla lettera del nuovo codice (3), l'esercizio dei diritti del debitore, concesso al creditore, non giunge fino al godimento di fatto od allo sfruttamento di fatto della cosa formante oggetto del diritto, per cui il creditore non potrà seminare il campo del debitore, nè abitare nell'alloggio vuoto di costui. Ma è anche pacifico che il creditore può, quando ne sussistano i soliti presupposti, procedere in via surrogatoria all'acceptio di quanto dovuto dal terzo al debitore, così surrogan-

---

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine cit.*, p. 269. MIRABELLI, *Atto non negoziale cit.*, p. 149 e sgg., ammette largamente la possibilità che taluno in questi casi agisca con efficacia nella sfera altrui, ma esclude che si tratti di rappresentanza in senso codicistico.

(2) Così DEMOLOMBE, *Cours cit.*, p. 260-261, BAUDRY LACANTINERIE e BARDE, *Obligations cit.*, p. 507, ecc. Poco valido però l'argomento talora addotto in Francia, che lo jus utendi è in realtà una semplice facoltà. Nulla impedisce che il contenuto di questa facoltà costituisca nel contempo l'esercizio di un diritto.

(3) NICOLÒ, sub art. 2900 cit., p. 41, ritiene che tale soluzione si desuma dallo spirito, non dalla lettera, dell'art. 2900 cod. civ.

dosi nella collaborazione che l'avente diritto deve prestare perchè l'adempimento dell'obligato possa avere luogo (4).

Questa *acceptio* potrà consistere in un comportamento negoziale, ed allora il creditore spenderà il nome del debitore. Ma essa potrà consistere anche in un atto non negoziale, come per es. il ricevere la consegna di una cosa. Proseguendo in questa direzione si può fare l'ipotesi in cui il debitore insolvente, avente diritto alla prestazione del terzo, non può prestare la sua collaborazione, perchè (con o senza sua colpa) il suo magazzino è chiuso o pieno ed ingombro o perchè, infine, è andato distrutto; mentre invece il magazzino del creditore è aperto; cosicchè il terzo, a richiesta del creditore stesso, si risolve ad introdurre la merce nel magazzino di quest'ultimo (5). In questo caso è perfino difficile dire che il creditore tenga un vero e proprio comportamento di collaborazione con il terzo (6). Avviene più semplicemente che, mentre non sussistono nella sfera del

---

(4) Semprechè la collaborazione sia necessaria, e semprechè il comportamento richiesto al creditore abbia carattere di fungibilità.

(5) E' superfluo ricordare che questo comportamento del terzo sarebbe liberatorio, come emerge da quanto detto nella nota precedente.

(6) Il diritto considera non già l'offerta, che egli compie, dell'uso del magazzino (non è in tale offerta, che il creditore si surroga al debitore), nè il fatto umano o naturale mediante il quale si è determinata la chiusura, l'ostruzione, o il riempimento ecc. del magazzino. Il diritto si interessa della circostanza meramente obbiettiva che il magazzino non è in grado di ricevere la merce.

Se poi si volesse anettere rilevanza (anzichè al dato obbiettivo) al comportamento di chi ha predisposto il magazzino, l'esempio portato nel testo servirebbe sempre per estendere la portata del fenomeno surrogatorio, oltrechè fuori dell'ambito dei negozi giuridici, anche fuori dell'ambito degli atti in senso stretto (ossia degli atti tipizzati dal legislatore, o valutati attraverso al loro contenuto, e non attraverso ai loro effetti materiali, o valutati con riferimento al soggetto che li ha posti in essere. Vedi per le varie sfumature CARNELUTTI, *Teoria generale* cit., tutto il tit. II del libro III, soprattutto n. 88; TRIMARCHI, *Atto e negozio* cit., p. 12 e sgg.; KLEIN, *Rechtshandlungen* cit., p. 9 e p. 15 e sgg.; MIRABELLI, *Atto non negoziale* cit. Vedi peraltro l'esatta osservazione del BARASSI, *Istituzioni* cit., I, p. 113-114, secondo cui nel linguaggio codicistico atto è l'equivalente di atto negoziale, mentre gli atti in senso stretto della dottrina devono essere relegati nei fatti dell'uomo).



debitore gli oggettivi presupposti per un adempimento del terzo obbligato, viceversa questi presupposti sono presenti nella sfera del creditore. In questi casi, il fenomeno surrogatorio si riduce alla equivalenza giuridica (a determinati fini e in determinate ipotesi) fra la sussistenza di questi presupposti nella sfera del creditore, e la sussistenza di presupposti analoghi nella sfera del debitore.

Fra l'ipotesi, in cui si rende necessaria la *contemplatio*, e l'ipotesi, in cui sussistono meramente certi presupposti di fatto dell'adempimento nella sfera del creditore, possono sussistere situazioni intermedie, in cui nessuna *contemplatio* è possibile, ma deve pur risultare in qualche modo, dall'insieme delle circostanze, se il creditore ha operato in questa sua qualità di creditore od indipendentemente da essa (7).

Si noti che, a seconda che in un dato caso la *contemplatio* sia elevata al rango di clausola dell'atto (negoziale), o venga ridotta a semplice esteriorizzazione generica dell'aver il creditore agito in tale sua qualità, saranno applicabili o meno le preclusioni probatorie prestabilite dal legislatore in materia di clausole aggiunte all'atto documentato (art. 2722 cod. civ., semprechè di fatto sussistano tutti i presupposti della sua applicazione).

Si noti ancora che talora la *contemplatio* sarà posta in essere, anzichè dal creditore, dal terzo, il quale (nel rivolgersi al creditore) avrà cura di chiarire che si indirizza al creditore in tale sua qualità, con l'intento di operare con efficacia sulla sfera del debitore (8).

---

(7) Non sempre l'agire per altri, desumibile dalle circostanze, sfocia in una *contemplatio*, almeno tacita. Talora infatti le circostanze si sovrapporranno ad un mero comportamento materiale di natura non negoziale, e refrattario all'apposizione di clausole di qualsiasi genere.

(8) Questo fenomeno avviene con larghezza anche maggiore in tema di rappresentanza necessaria, organica, e convenzionale. Esso è inevitabile sia nell'ipotesi di atto unilaterale (in senso tradizionale) rivolto dal terzo al rappresentante, sia nell'ipotesi di contratto costante di un'unica dichiarazione emessa dal terzo (vedi l'art. 1333 cod. civ. Sul punto, si deve aderire a quella corrente dottrinale che vede nel silenzio del destinatario della proposta una semplice assenza di dichiarazione, e non già una dichiarazione tacita).

Così allargato l'ambito del procedimento surrogatorio e della posizione surrogatoria anche al di fuori degli atti negoziali, resta da dire che, nello stesso campo del negozio posto in essere in via surrogatoria, la *contemplatio domini* non sembra sempre necessaria (per ragioni del tutto differenti da quelle esposte dalla dottrina dominante, che più sopra sono state criticate).

Si supponga che Tizio ottenga da Mevio la promessa del trasferimento del fondo a proprio favore; e che poi venda lo stesso fondo a Caio. Caio, sussistendone i requisiti, agirà contro Mevio: in quanto possa chiedergli di trasferire il fondo a proprio favore (9) non si potrà negare che interverrà al negozio di adempimento in via surrogatoria, e che tuttavia non avrà bisogno di spendere il nome del suo debitore.

Attraverso a questi casi, risulta che il procedimento surrogatorio non implica *soltanto e sempre* un agire in nome altrui per determinare con un proprio atto certe conseguenze nella sfera giuridica del debitore: ma implica anche che certe situazioni di mero fatto, rilevanti di fronte al terzo, possono fare capo indifferentemente al creditore, od al debitore, e che (probabilmente) il creditore può tenere certi comportamenti negoziali in nome proprio.

Viste queste due speciali ipotesi, in cui il creditore interviene in un atto, ovvero presta la sua collaborazione all'adempimento del terzo, in nome indubbiamente proprio, si ripropone però, con intensità anche maggiore, un problema di portata più generale, che è giunto il momento di considerare.

Per esporre questo problema, si deve ricordare quanto detto all'inizio del presente capitolo: allora si sono prese esplicitamente le mosse dal dato empirico caduto sotto l'osservazione della maggior parte della dottrina, consistente nel nesso fra un certo atto del creditore ed un certo effetto che si assume cadere

---

(9) In favore della soluzione contemplata nel testo si può ricordare l'art. 1478, 2° co., cod. civ., il quale parla per la unicità del trasferimento nell'ipotesi di vendita di cosa altrui e conseguente acquisto del diritto da parte del venditore.



(conforme al linguaggio della legge) *nella sfera giuridica del debitore.*

Ma è poi vero che in questo nesso si esaurisca tutto il fenomeno surrogatorio?

Più particolarmente: è certo che il rapporto su cui opera il creditore appartenga al solo debitore? Ossia: proprio per effetto dell'azione concessa dalla legge al creditore, non avverrà che la titolarità del diritto soggettivo fatto valere contro il terzo prenda a sussistere anche presso il creditore? E che pertanto quest'ultimo, operando ex art. 2900, eserciti (comunque sia formulato il dettato legislativo) un diritto che ormai è anche suo?

Se si dovesse rispondere affermativamente, l'onere imposto al creditore di dichiarare la sua qualità cesserebbe di essere contemplatio e servirebbe soltanto ad indicare il modo mediante il quale il creditore ha acquistato la propria situazione. Tale dichiarazione equivarrebbe, funzionalmente, all'onere, imposto al cessionario di credito, di rendere noto l'acquisto al debitore ceduto (10).

Una volta profilata l'eventualità di tale soluzione si possono legittimamente rinfocolare i dubbi, prima d'ora accennati solo di sfuggita, sulla spettanza al creditore procedente di un vero e proprio diritto, o di una vera e propria pretesa al comportamento od alla prestazione del terzo.

Dal problema della posizione del creditore di fronte agli atti

---

(10) La linea di demarcazione fra l'agire in nome proprio su patrimonio altrui con onere di declinare l'acquisto dei propri poteri, e l'agire in nome altrui, è alquanto sfumato. Si è che forse lo stesso concetto di contemplatio è meno limpido di quanto non sembrerebbe. Non si può nemmeno escludere che la spendita del nome abbia caratteristiche e funzioni distinte a seconda che la vicenda a cui l'atto mira venga necessariamente individuata attraverso all'elemento del soggetto che ne è titolare (come avviene dell'obbligato nell'assunzione di obblighi, e dell'acquirente negli acquisti di diritti), o venga individuata attraverso il suo mero contenuto, avendo scarsa importanza l'individuazione del titolare (come avviene del rinunziante nelle rinunzie e nelle alienazioni di qualunque diritto); in quest'ultimo caso non interessa sapere se il titolare del diritto rinunziato fosse Tizio o Caio: interessa solo sapere che il soggetto che ha posto in essere materialmente la rinuncia aveva i poteri per farlo.

compiuti con efficacia sulla sfera giuridica del debitore, si passa così al problema della posizione giuridica del creditore rispetto alla prestazione del terzo.

§ 32. - POTERE SURROGATORIO, DIRITTO A COMPIERE L'ATTO, DIRITTI SOPRA DIRITTI, E DIRITTO POTESTATIVO.

Prima di passare al raffronto fra fenomeno surrogatorio e pretesa, è giusto ricordare che una parte della dottrina ha già parlato, prima d'ora, di un diritto spettante al creditore precedente: inteso però (questo diritto) come diritto a compiere l'atto, e non già come diritto alla prestazione del terzo obbligato.

La natura di questo « diritto a compiere l'atto » è spesso rimasta indefinita presso gli stessi autori che ne hanno parlato (1).

Una corrente ha parlato chiaramente di un esercizio del diritto di pegno generale, il quale spetterebbe al creditore sui beni del debitore, o, in genere, dell'esercizio di un diritto del creditore sopra i diritti del debitore, o almeno di un controllo gestorio

---

(1) La teoria del diritto a compiere l'atto era presente, in Francia, presso AUBRY et RAU, *Cours cit.*, p. 197 e sgg., BEUDANT, *Cours cit.*, VIII, p. 448 (che così ammettevano che l'esercizio di un diritto proprio avesse luogo in nome altrui), oltre ad HUC, *Cession cit.*, p. 122. Nessuno di questi autori chiariva di che genere di diritto si tratti. Forse, di un diritto fondato sul cosiddetto pegno generale, il quale sembra compatibile con lo schema della rappresentanza, nel quale schema alcuni degli att. citt. adagiavano il fenomeno obliquo.

Anche in Italia qualche autore parla di un diritto all'atto o alla sostituzione, senza precisarne la natura: fra gli altri BARASSI, *Obbligazioni cit.*, II, p. 218; BARBERO, *Sistema cit.*, II, p. 103 (il quale è restio ad ammettere la figura del diritto potestativo — cfr. ivi I, p. 134 e seg. —; se anche altrove lo stesso autore mostra una maggiore indulgenza verso quest'ultima categoria — così in *Teoria generale cit.*, p. 138 in nota — si deve ugualmente concludere che egli, nel redigere la definizione del fenomeno surrogatorio, contenuta nel suo *Sistema*, non intendeva utilizzare la categoria stessa); SATTA, *Diritto processuale cit.*, p. 73 e sgg., a cui aderisce DE MARINO, *Successione cit.*, p. 172; NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditarij*, Milano 1947, I, p. 65 nota 74; CANTILLO, *Appunti cit.*

Per cod. civ. abr. vedi, nello stesso atteggiamento, PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni cit.*, p. 439.



del creditore sul patrimonio del debitore (2). Qualche autore isolato ha parlato espressamente di un diritto potestativo in senso stretto (3). Qua e là sembra affiorare l'idea che il procedimento surrogatorio costituisca l'esercizio del diritto del creditore contro il debitore (4). Altrove, queste diverse concezioni sembrano intrecciarsi fino all'indifferenziazione.

Nel nostro problema, l'invocazione del diritto sopra un diritto non insegna nulla (5).

Esso si può intendere come il diritto di compiere efficacemente atti o tenere comportamenti volti ad interrompere una prescrizione, ad ottenere una sentenza, a rafforzare il diritto stesso con provvedimenti cautelari, a mettere in moto l'apparato dell'esecuzione; ecc., ed allora si ridurrà ad un diritto potestativo.

Oppure, lo si può intendere come una posizione sussistente di fronte alla prestazione del terzo obbligato (da intendersi come concorrente con la posizione spettante al debitore, ed a questa subordinata per varie ragioni) (6), ed allora si ridurrà allo schema del diritto soggettivo in senso stretto, o, come allora si dice anche, della pretesa.

Infine potrà essere ridotto ad un generico poter agire nel proprio interesse, senza bisogno di autorizzazione alcuna, sul patrimonio altrui, ed allora si ripresenta una doppia possibilità: che si tratti di un « poter agire » come « poter porre in

---

(2) Preliminare alle questioni concernenti queste varie figure è il problema (latente da tempo, e poi portato a perfetta espressione nella classica polemica fra CARNELUTTI, *Diritto e processo* cit., qui soprattutto p. 299, e BETTI, da ultimo in *Teoria obbligazioni* cit.) sul punto, se faccia capo al creditore, prima ancora che intervengano provvedimenti giudiziali cautelari od esecutivi, una situazione di garanzia sostanziale.

(3) MAJONÈ, in *Sinossi giuridica*, fasc. 519, sub art. 1234.

(4) Senonchè sarebbe una forma di esercizio che il debitore potrebbe sempre impedire ex nunc facendo cessare la propria inerzia (sulle conseguenze di ordine dogmatico vedi oltre il § 34).

(5) Per questo insegnamento, vedi Rocco, *Fallimento* cit., p. 40 e sgg.

(6) Perchè solo il debitore può compromettere o rinunciare il diritto; e perchè la prestazione del terzo arricchirà il patrimonio del debitore, e non quello del creditore.

essere un atto avente una certa efficacia » (e ricadremo nel campo dei diritti potestativi); oppure, che si tratti di un « poter agire » come « poter costringere il terzo all'adempimento » (ed allora ricadremo nel campo della pretesa).

Contorni ben più definiti avrebbe la teoria del fenomeno surrogatorio come diritto potestativo. Pur tenendo conto delle gravi obiezioni a cui questa formulazione può andare incontro (obiezioni che verranno gradualmente esposte in questo numero), è lecito sorprendersi un tantino, constatando il trascurabile seguito che essa ha avuto nella nostra dottrina (7).

Le varie obiezioni a cui questa costruzione (se venisse consapevolmente sostenuta) potrebbe dare luogo si possono, nell'ordine, esprimere così (8):

Innanzitutto, una robusta corrente dottrinarica (9) ricusa

---

(7) Vedi infatti, del tutto isolato, MAIONE, loc. cit. E' però possibile che alcuni degli autori secondo cui il creditore, procedendo in via surrogatoria, esercita un diritto proprio, pensino (senza dichiararlo espressamente) ad un diritto potestativo.

(8) Finora la dottrina si è limitata ad osservare che non c'è diritto potestativo là dove la persona assoggettata al potere altrui può fare qualcosa per esonerarsi dalla soggezione: come avverrebbe, appunto, nella nostra ipotesi, in cui il debitore, evitando o facendo cessare la inerzia, potrebbe impedire il successo dell'attività surrogatoria del creditore (D'AVANZO, *Surrogatoria* cit., p. 65). Presentata così, l'obiezione non vale molto. Se una persona può dirsi assoggettata al potere che l'art. 2900 cit. concede al creditore, tale persona è prevalentemente il terzo, e non il debitore. Il debitore potrebbe considerarsi soggetto passivo del fenomeno potestativo, soltanto in virtù del potere, che la legge attribuisce al creditore ex art. 2900, 2° co., di procurare la formazione di un giudicato fra debitore e terzo, anche quando tale giudicato sia sfavorevole al debitore. In ordine a questa speciale situazione, ci si può però domandare se l'inerzia del debitore incida, oltrechè sulla fonte e sulla causa di estinzione del fenomeno potestativo, anche sulla sua struttura. Su ciò vedi oltre nel testo.

(9) Fra gli autori più autorevoli e combattivi ricorda: ALLARA, *Nozioni* cit., p. 236; BARBERO, *Manuale* cit., I, p. 134 (però attutito in *Teoria generale* cit., p. 138 in nota); CANDIAN, *Nozioni* cit., p. 49.

E' difficile dire se il tempo lavori a favore o contro la categoria in esame. Le resistenze sussistevano anche nella dottrina anteriore (ad es., FERRARA, *Trattato* cit., I, I, p. 346, COVIELLO, *Manuale* cit., p. 29 e sgg.). E' del pari difficile dire se il nuovo cod. civ. possa essere invocato a favore, o contro, la categoria.



tuttora di far posto al fenomeno in esame nella categoria dei diritti; e ciò, per ragioni dogmatiche di principio. In sostanza, tale corrente vede nella figura del diritto potestativo un'enfatica trasposizione nel tempo di un futuro nesso di causa ed effetto tra un possibile atto giuridico e le sue conseguenze, e quindi rileva in essa una arbitraria confusione fra rilevanza della volontà (10) come fatto giuridico, e sussistenza (su un piano statico) di un diritto.

In secondo luogo, ci si dovrebbe domandare se — una volta ammessa la figura del diritto potestativo, come potere di cagionare mediante un proprio atto vicende di rapporti giuridici a sè favorevoli — tale espressione «favorevoli» debba intendersi in senso più stretto (estinzione di un proprio debito, modifica di un proprio diritto, ingresso di un diritto nella propria sfera giuridica) o in senso più generico (una qualsiasi vicenda di rapporti, la quale corrisponda ad un interesse del soggetto dell'atto) (11). E' evidente che, se si accogliesse la

---

(10) Si può dire che, mentre in tema di negozio giuridico la dottrina fa perno, quasi generalmente, sulla dichiarazione, e non sulla volontà, viceversa, in tema di diritti potestativi, si continua a parlare (alquanto incoerentemente) di volontà.

(11) La definizione costantemente offerta dalla dottrina è questa ultima. Così già il CHIOVENDA, *Azione ed eccezione* cit., p. 21. (Il diritto potestativo è un «potere dell'avente diritto, di produrre un effetto giuridico a cui ha interesse»); spesso lo stesso requisito dello interesse viene sottinteso (il lettore può però desumerlo dalle corrispondenti definizioni del diritto soggettivo in senso lato), e si insiste unicamente sul potere di produrre certi effetti giuridici sulla sfera altrui (così MESSINA, *Diritti potestativi* cit.; COVIELLO, *Manuale* cit., p. 29 e sgg.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine* cit., p. 56; MESSINEO, *Manuale* cit., § 9, n. 5 lettera P).

Nelle *Pandette* del WINDSCHEID non si dà notizia nè del requisito dell'interesse, nè del requisito che la vicenda debba aver luogo in una sfera giuridica determinata (§ 37; vedi id., nella dottrina italiana, ALLARA, *Nozioni* cit., luogo cit.).

E' visibile un parallelo fra il problema in esame ed il problema della legislazione. Come si intende per legittimato ora colui che può porre in esame l'atto, ora colui che, avendo interesse agli effetti dell'atto, può porre l'atto in essere, così si può intendere come titolare del diritto potestativo colui che può porre in essere quel certo atto (foss'anche nella qualità di rappresentante), colui che può porre in es-

prima e più rigida definizione, il fenomeno surrogatorio non potrebbe sfociare in un diritto potestativo se non a prezzo di dimostrare prima che il creditore sarà soggetto delle vicende cagionate dai suoi atti (in altre parole: che il creditore è titolare di un diritto soggettivo — nel senso di pretesa — contro il terzo).

Supposto che anche questa difficoltà venga superata (il che sarà facilissimo, purchè si accolga la definizione più usuale di diritto potestativo), bisognerà ugualmente ammettere che non qualsiasi fenomeno surrogatorio importa un potere di determinare una vicenda giuridica; spesso il creditore procederà ex art. 2900 cod. civ. proprio per impedire che una certa vicenda abbia luogo (ad es.: il creditore compie un atto interruttivo della prescrizione), spesso potrà semplicemente proporre un'azione per ottenere una sentenza di mero accertamento (ed in tal caso è dubbio se produca una qualche vicenda di rapporti giuridici sostanziali, e se quindi il suo potere di agire abbia natura di diritto potestativo); per tacere dell'ipotesi — già nota al lettore — in cui il comportamento surrogatorio non sfocia in un atto negoziale (e dell'altra ipotesi, in cui esso ha sì veste di atto negoziale, ma non unilaterale) (12), per cui non costituirebbe assolutamente un punto di riferimento per la comune costruzione del diritto potestativo.

Superata questa riserva, la concezione del nostro istituto come diritto potestativo incontra ancora una difficoltà.

Ci si deve infatti domandare se il creditore possa dirsi titolare di un diritto potestativo, una volta riconosciuto che

---

sere un certo atto nel proprio interesse, e infine colui, che può porre in essere un certo atto, avente effetti giuridici favorevoli nella sfera giuridica del soggetto dell'atto stesso.

A seconda della definizione che si vorrà accogliere, sarà ammissibile o meno la figura dell'esercizio dei diritti potestativi altrui, dell'esercizio di tali diritti a mezzo di un rappresentante, di un sostituto, ecc.

(12) Peraltro, com'è noto, c'è chi sostiene che il diritto potestativo possa esercitarsi anche a mezzo di atti comunemente considerati come bilaterali (soprattutto GORLA, *Atto di disposizione* cit., p. 9 e sgg.).



il debitore può a sua volta far cessare ex nunc il potere del creditore mediante un proprio atto unilaterale (cessazione dell'inerzia, la quale si concreterà o nell'esercizio del diritto vantato nei confronti del terzo, o nella rinunzia a quel diritto).

A prima vista, tale dato non dovrebbe influire sulla classificabilità della posizione surrogatoria come diritto potestativo. Ordinariamente il modo di estinzione di una situazione giuridica non reagisce nè sul contenuto, nè sulla qualificazione di quella situazione.

Ma, proprio nel caso che qui interessa, non è inutile attardarsi un tantino sui termini della questione. Un « potere », il quale possa essere sottratto ad libitum al titolare, non assume, nemmeno sul piano funzionale, gli stessi connotati che sono propri di un potere reso autonomo ed indipendente dalla sua non attitudine ad essere vanificato per opera di un estraneo.

Si osservi che una questione analoga a quella or ora impostata sorge qualora si voglia inquadrare la posizione surrogatoria fra i diritti soggettivi in senso stretto (detti anche pretese).

Infatti, l'eventualità che la situazione surrogatoria venga estinta ad opera del debitore inciderà in uguale misura tanto sulla possibilità di costruire la posizione surrogatoria come un diritto potestativo, quanto sulla possibilità di costruire tale posizione come un diritto soggettivo (pretesa).

Ciò consente di rinviare la trattazione a quanto si dirà tra breve sul raffronto fra posizione surrogatoria e diritto soggettivo.

### § 33. - POTERE SURROGATORIO E DIRITTO SOGGETTIVO.

Si giunge così ad un grave problema: se il creditore sia titolare (1) di un diritto soggettivo in senso stretto (ossia di una pretesa) verso il terzo obbligato (nei casi, beninteso, in cui un corrispondente diritto spetti al debitore); nel senso che il

---

(1) O, se si vuole, contitolare, titolare solidale, a seconda dei casi.

diritto fatto valere dal creditore sia un diritto proprio, derivato da un diritto del debitore, e modellantesi su di esso (2).

Si noti che questa indagine non manca di interesse pratico. Infatti, dall'ammettere o meno che anche il creditore sia titolare del diritto verso il terzo, si ricaverà se egli ha contro il terzo inadempiente una ragione di danni autonoma, o se può semplicemente agire contro il debitore (inadempiente a sua volta, altrimenti non si vede di quale fatto il creditore possa lagnarsi), e procedere contro il terzo in via surrogatoria per i danni arrecati al debitore. La questione è importante, perchè decide: se, in ordine al rapporto secondario di danni, il debitore possa svuotare di contenuto la posizione del creditore rinunziando al proprio diritto; se il terzo possa opporre anche al creditore (sempre in ordine al debito per danni) le eventuali limitazioni di cui beneficii di fronte al debitore (ad es.: un concorso di colpa, cfr. art. 1227 cod. civ.); se il creditore possa chiedere il pagamento del debito secondario al proprio domicilio ex art. 1182 cod. civ., ecc. (3).

Dal configurare il diritto del credito come concettualmente distinto rispetto a quello del debitore possono poi derivare

---

(2) Sarà bene chiarire fin d'ora che, ove il creditore debba considerarsi titolare di un diritto alla prestazione del terzo, converrà imporgli (per analogia con l'ipotesi di cessione di credito, o di costituzione di pegno di crediti) un onere di notifica al terzo: prima di tale atto non potrà dirsi che il terzo sia inadempiente *nei suoi confronti*. Un problema a parte sorgerà per l'ipotesi che il terzo sia tenuto in forza di un rapporto giuridico reale.

(3) Qui supponiamo che il debito di risarcimento per danni cagionati dall'inadempimento non costituisca una semplice modifica oggettiva del debito primario, conforme all'insegnamento che viene ormai presentato come « pacifico » (NICOLÒ, sub art. 2740 cit., p. 7 nota 1).

Ove si rifiutasse questa costruzione in materia di inadempimento, il problema conserverebbe una sua importanza per il caso che il terzo sia tenuto (ad es.: ad un rilascio) in virtù di un rapporto reale, ed arrechi danni mediante la violazione del suo dovere. In tal caso, l'obbligo di risarcimento è certamente un rapporto giuridico nuovo e diverso rispetto al rapporto reale violato.



varie conseguenze in tema di conflitti di norme nel tempo e nello spazio, su cui non è possibile indugiare (4).

Il problema non può strozzarsi con l'argomentazione che, se il diritto del creditore fosse, concettualmente, una entità diversa rispetto al diritto del debitore, le eccezioni opponibili al secondo non sarebbero automaticamente opponibili al primo.

Infatti può benissimo avvenire che il contenuto di un diritto si modelli esattamente sul contenuto di un altro diritto, fino a subirne ogni vicenda ed ogni limitazione: in altre parole, l'identità obbiettiva di più situazioni giuridiche non impedisce ancora che ognuna di queste situazioni giuridiche, facenti capo a soggetti diversi, costituisca un diritto soggettivo a sè stante.

Il fatto che le vicende della situazione facente capo al debitore incidano senz'altro anche sulla situazione facente capo al creditore proverà, tutt'al più, una relazione di accessorialità di questa seconda situazione rispetto alla prima, ma non già, una relazione di identità.

Ciò premesso si deve raffrontare, ai fini or ora espressi, il fenomeno surrogatorio con lo schema generale del diritto soggettivo.

Dato che il codice non enuncia i requisiti del diritto soggettivo, e dato che la relativa definizione è tutt'altro che certa ed univoca presso la dottrina, si dovranno limitare le considerazioni alla gamma delle figure del diritto soggettivo accolte dalla dottrina tradizionale nella sua complessa evoluzione, confidando che tra di esse debba trovarsi la definizione valida in sede di interpretazione di quegli artt. del codice che parlano di diritto soggettivo, e che ne regolano il trattamento (artt. 16, 22 delle preleggi, 2934 cod. civ., ecc.) (5).

---

(4) Vedi l'enunciazione di alcuni interessanti problemi in BATIFFOL, *Traité* cit., p. 591, a cui si rinvia anche per cenni bibliografici.

L'autore cit. non pensa però di mettere in connessione i problemi presentatisi alla giurisprudenza francese con il problema qui enunciato nel testo.

(5) Se non si limitasse in tal guisa l'indagine, si dovrebbe, una volta analizzata la situazione del creditore, rinviare il lettore alle

Così chiariti i termini del problema, si può dire che non è difficile vedere quali elementi in comune abbia la posizione del creditore di cui all'art. 2900 cod. civ., rispetto alla posizione del normale titolare di un diritto ad un comportamento altrui.

L'uno e l'altro possono intentare un'azione.

All'uno e all'altro, l'azione è concessa per la protezione di un interesse proprio.

E' del pari chiaro, quali elementi favorevoli intervengano

---

varie definizioni di diritto soggettivo contenuto nelle opere della dottrina, perchè il lettore stesso proceda ad una comparazione (la quale poi, beninteso, non dovrebbe essere utilizzata ai fini dell'applicazione della legge).

In ordine ad alcune concezioni innovatrici del diritto soggettivo, bisognerà peraltro osservare quanto segue.

Se il diritto soggettivo sussiste sempre e soltanto là, dove sussiste un agere licere del titolare, secondo la nota concezione del BARBERO (opp. cit., passim), il problema impostato nel testo non si potrebbe riferire a questo agere licere (dell'agere licere come diritto potestativo vedi nelle pagine e note precedenti): ma si riferirebbe invece a quello che il BARBERO chiama rapporto giuridico — vedi in *Manuale* cit., I, n. 58.

Se il diritto (identificato con la pretesa come fenomeno sostanziale) costituisse la semplice subbiectivizzazione del lato attivo del dovere, secondo la concezione dell'ALLARA (*Nozioni* cit., passim), la presente ricerca dovrebbe chiarire quale sia l'indice, attraverso il quale ricostruire se il dovere del terzo abbia, quale proprio destinatario, il debitore inerte e inoltre il creditore garantito.

Se il diritto soggettivo (o qualche tipo di diritto soggettivo) non fosse rigorosamente reciproco rispetto al dovere dell'obbligato, secondo la concezione del NICOLÒ (*Adempimento* cit., soprattutto p. 70 e sgg. e 106 e sgg.), il presente problema si concentrerebbe nella questione, se la tutela predisposta dal legislatore in ordine al conseguimento di quel determinato bene, in funzione del quale la prestazione del terzo è dovuta, sia indirizzata al solo debitore, o anche al creditore garantito dall'art. 2900 cit.

E si potrebbe continuare così fino ad esaurimento di ogni possibile concezione del diritto soggettivo.

Ci sembra pertanto che, operati i dovuti adattamenti (spesso più terminologici che sostanziali), la soluzione del problema agitato nel testo possa essere utilizzata di fronte a qualsivoglia costruzione del diritto. Nella presente trattazione, i tre termini di pretesa, rapporto giuridico e diritto soggettivo verranno considerati come interscambiabili, e gli esempi verranno riferiti ad ipotesi, in cui il terzo sia vincolato nei confronti del debitore in virtù di un rapporto obbligatorio.



nel normale diritto soggettivo, mentre mancano nella posizione surrogatoria.

Il titolare di un diritto non può, normalmente, essere privato della sua posizione da un atto potestativo lecito di un estraneo; mentre la posizione del creditore di cui all'art. 2900 cit. anzitutto dipende dalla sussistenza di un diritto soggettivo presso il debitore (ed è dunque una posizione accessoria), ed inoltre può essere frustrata sia da una rinuncia del debitore sia da una rinnovata attività da parte del debitore stesso, diretta contro il terzo.

Ulteriormente, il primo può disporre della propria posizione, rinunziarla, cederla, togliere al comportamento del soggetto passivo (il quale si astenga dall'adempimento) ogni qualifica di anti giuridicità, mentre il secondo manca di qualsiasi potere di disposizione in ordine alla propria posizione (6), e di ogni potere di dispensa nei confronti del soggetto passivo.

Una terza differenza potrebbe scorgersi sotto il seguente profilo: che, in ordine a quei rapporti giuridici nei quali viene dedotto un comportamento avente un destinatario in senso economico (7), il titolare normale del diritto soggettivo suole

---

(6) Sembra che, quando il creditore di cui all'art. 2900 cit. cede il proprio credito, la posizione surrogatoria passi al cessionario ex lege, senza che l'intento delle parti possa minimamente influire.

Vedi un elenco degli autori che considerano il potere di disporre come elemento costitutivo del diritto in GARGAGNATI, *Sostituzione* cit., p. 94, e in MENGONI, *Acquisto* cit., p. 40 nota 2. Si osservi che, se questo potere di disposizione fosse carattere indefettibile del diritto, lo stesso diritto del debitore verrebbe menomato in qualche misura dal potere del creditore (vedi bene illuminato questo concetto, sia pure *per incidenza*, dallo ZUCCONI, *Origine* cit., p. 750 ultimo alinea).

(7) Si badi che il destinatario in senso economico della prestazione di dare coincide con il soggetto direttamente avvantaggiato dall'atto di disposizione in cui consisterà l'adempimento o l'esecuzione. Pertanto, finchè il creditore che procede in via surrogatoria supplisce all'inerzia del debitore ed effettua l'acceptio del dovuto ricorrendo alla spendita del nome, egli non è ancora destinatario della prestazione, nemmeno in senso economico. Il destinatario in senso economico non deve confondersi, ulteriormente, col destinatario materiale del comportamento dell'obbligato. Cfr. ad es.: Tizio produttore cinematografico paga una persona perchè trucchi le comparse. Le comparse sono

anche coincidere con questo destinatario, mentre una simile coincidenza non è normale presso il creditore che procede in via surrogatoria.

Peraltro, una differenza tra elementi semplicemente normali nelle due posizioni giuridiche in esame non può fondare una differenza concettuale fra i due fenomeni (8).

Un quarto elemento differenziatore sarebbe il seguente: che, nell'ambito dei diritti di godimento su cose, l'esercizio del diritto — consistente, secondo un'opinione diffusa, nello sfruttamento materiale della cosa — non spetterebbe mai al creditore di cui all'art. 2900 cit. (9).

Analizzando ad uno ad uno i vari elementi di indifferenza e di differenza fra i vari fenomeni, resta da osservare quanto segue.

Di tanto in tanto, con varia energia e conseguenza logica, e muovendo da premesse diversissime, si è tentato di ridurre il diritto soggettivo ad un nesso fra condizionante e condizionato, per cui il diritto spetterebbe ad un certo soggetto quando quella particolare manifestazione di volontà del soggetto, in cui si concreta l'esercizio dell'azione, è condizione sufficiente per la successiva attività (giurisdizionale) dello Stato (10).

---

soltanto destinatarie in senso materiale della prestazione, il cui destinatario sia giuridico sia economico è sempre Tizio.

(8) Qui sarebbe fuori luogo invocare, come differenza fra i due fenomeni in esame, l'onere di contemplatio a cui è subordinata l'azione del creditore.

Infatti — in quanto si arrivasse aliunde alla conclusione che il creditore è titolare di un diritto verso il terzo — il creditore agirebbe anzitutto su questo rapporto e l'apparente contemplatio si trasformerebbe in una semplice enunciazione della causa debendi.

(9) L'elemento dell'agire licere è stato elevato a nota comune di tutti i diritti soggettivi dal BARBERO, *op. cit.* Questo insegnamento, discostatosi nettamente dalla tradizione, non può essere preso in considerazione in questa sede per i motivi già detti. Perciò il testo si occupa dell'agere licere solo nei limiti in cui se n'è occupata la dottrina comune, vale a dire: solo con riferimento ai diritti reali di godimento, nei confronti dei quali esso assume l'aspetto del potere di godimento.

(10) Sembra che questa costruzione non abbia mancato di influenzare in larga misura: a) la teoria secondo cui i diritti soggettivi



Qui non interessa, accertare fino a che punto le varie correnti di cui sopra abbiano poi ammesso che anche quella particolare manifestazione di volontà, in cui si concreta l'esercizio dell'azione, possa essere riferita dall'ordinamento giuridico ad un soggetto diverso dalla persona fisica che ha proposto l'azione stessa. Piuttosto, preme osservare che, se la titolarità del diritto soggettivo si ricava dalla spettanza dell'esercizio dell'azione come fatto, non è possibile in via logica concepire un'azione intentata a tutela di un diritto altrui: perchè, così facendo, si postulerebbe un ulteriore idoneo metro di individuazione della titolarità del diritto soggettivo (diverso, precisamente, dalla spettanza dell'esercizio dell'azione).

Certo, se la spettanza di quella speciale manifestazione di volontà in cui si concreta l'agire (come fatto giuridico) fosse decisiva per indurre la titolarità del diritto soggettivo, anche il rappresentante convenzionale (avente i poteri per proporre una domanda giudiziale contro un terzo) avrebbe un diritto soggettivo contro il terzo. Distinguere tra azione proposta in nome proprio e azione proposta in nome altrui costituirebbe, in questo caso, un'evidente contraddizione la quale invertirebbe daccapo i termini della questione facendo derivare l'appartenenza dell'azione dall'appartenenza del diritto, proprio dopo essere partita dall'idea che (non essendovi alcun altro modo per subbiet-

---

tradizionalmente riconosciuti agli incapaci spetterebbero invece ai loro legali rappresentanti (ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I, Lipsia 1897, p. 47, nota 8; assai vicino BINDER, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, Lipsia 1907, p. 37 e sgg., 64 e sgg., 82 e sgg.; vedine citati altri in PUGLIATTI, *Esecuzione cit.*, p. 83 e sgg.); b) la teoria negativa della persona giuridica (soprattutto nella tendenza del DUGUIT; assai meno nelle formulazioni anteriori).

Oggi sta assumendo dimensioni impreviste la polemica intorno al tentativo di riconoscere all'ordinamento giuridico la possibilità di imputare arbitrariamente al soggetto che più gli aggrada non solo le conseguenze degli atti giuridici, ma anche gli atti stessi (vedi le varie posizioni nella bibliografia riportata da MINERVINI, *Organi cit.* Vedi anche qualche presa di posizione in GARGAGNATI, *Sostituzione cit.*, p. 221).

tivizzare il rapporto giuridico) si debba aver riguardo esclusivamente alla pertinenza del potere di agire (11).

La teoria del diritto come potere di azione, se ridotta a questo schema rigido e, per così dire, scarnificato, non potrebbe negare al creditore garantito ex art. 2900 cit. un vero diritto all'adempimento del terzo. Ma a questa stregua, come si è detto, anche il rappresentante convenzionale legale o necessario avrebbe un diritto soggettivo contro il terzo (12), mentre questa conclusione è tale da inutilizzare (de iure condito) tutta la costruzione in esame (13).

Si deve dunque dire che l'azione, quand'anche costituisca un indice sicuro dell'esistenza di un diritto soggettivo, non è un indice decisivo dell'appartenenza del diritto ad un soggetto piuttosto che ad un altro.

Si potrebbe allora pensare che sia titolare del diritto soggettivo colui che può intentare un'azione nel proprio interesse (14).

---

(11) Si sono già viste le ragioni per cui non è possibile separare il rappresentante dagli altri soggetti dell'azione, col pretesto che il primo agisce nomine alieno.

Bisogna ora ricordare, in aggiunta, il fenomeno dell'art. 111 cod. proc. civ. Ivi l'erede non spende il nome del legatario, eppure non è titolare di alcuna posizione giuridica sostanziale relativa al rapporto di cui si contende.

(12) Vedi in MESSINEO, *Manuale* cit., però 7<sup>a</sup> ed., I, p. 76: substrato del diritto soggettivo sarebbe un interesse del soggetto del diritto « o anche di altri; es.: pupillo, terzo nel contratto a favore di terzo, fiduciante, rappresentato »; dove la contrapposizione fra pupillo e rappresentato lascia chiaramente intendere che, con quest'ultima voce, si intende il rappresentante convenzionale non in rem suam. Cfr. però la nota seguente.

(13) Se ne ha una riprova in MESSINEO cit., 8<sup>a</sup> ed., I, p. 129, dove l'autore, andando in avviso diverso rispetto all'ed. prec., esige — quale sustrato del diritto soggettivo — un interesse proprio del soggetto del diritto. Cfr. ivi: « un interesse altrui può venire in considerazione soltanto come riflesso dell'interesse del soggetto del diritto; es., interesse del terzo, nel contratto a favore del terzo ».

(14) Questa condizione sarebbe sufficiente ma non necessaria. Infatti la definizione in esame si riferisce — com'è ovvio — ad una sola classe di titolari, e trascura le rimanenti, fra cui soprattutto i sog-



In questa ipotesi, si osservi fin d'ora, l'espressione « nel proprio interesse » non potrebbe valere « a tutela di rapporti, di cui egli sia titolare », sempre per non cadere nella mera tautologia di volersi ricavare la titolarità del diritto dalla spettanza del potere d'azione. Qui l'espressione « nel proprio interesse » si riferirebbe a prima vista (così sembra) allo scopo della norma che ha concesso l'azione al soggetto dato (scopo desumibile dall'assenza di un obbligo di intentare l'azione, dall'assenza di un obbligo di particolare fedeltà verso altri, dall'assenza di un obbligo di seguire le istruzioni di altri, ecc.). Ma non è escluso che essa possa significare esclusivamente (o in modo concorrente) che il soggetto dato è interessato al risultato economico, o materiale, del comportamento che con l'azione si mira ad ottenere dal terzo.

Se fosse valida quest'ultima, e più rigorosa, interpretazione, si darebbe anche il modo di distinguere fra diverse categorie di creditori che procedono ex art. 2900 cod. civ., e fra diverse categorie di rappresentanti in rem suam, a seconda che possano considerarsi, o meno, destinatarii in senso economico o materiale della prestazione (od altrimenti interessati alla prestazione stessa) (15).

Sta di fatto che il criterio dell'agire « nel proprio interesse » è anche qui, come sempre, alquanto sfumato ed elastico.

Si potrebbe allora pensare ad un'ulteriore risistemazione del problema, distinguendo due diversi sintomi della titolarità del diritto soggettivo:

a) non rinunciare a chiedere che l'azione sia comunque predisposta a tutela del soggetto dato (la protezione legale dell'interesse potrebbe dunque risultare attraverso ad uno qualsiasi dei sintomi enunciati sopra);

---

getti, nel cui interesse altri è tenuto ad esercitare l'azione (incapaci).

La definizione riportata nel testo è notoriamente la più frequente in dottrina.

(15) Ad es. perchè, pur effettuando l'acceptio di cosa dovuta ad altri, tuttavia potranno trattenere, in virtù di patto o in virtù della compensazione, ciò che hanno riscosso.

b) su questa base materiale, ritenere idoneo l'elemento formale della rilevanza della volontà dell'interessato (16) non solo ai fini dell'azione, ma anche ai fini della destinazione e del regolamento del rapporto.

Certo, la rilevanza della volontà (così come la protezione dell'interesse) può risultare da indici numerosi, talora potenzialmente contraddittorii. Fra questi indici della signoria di una volontà, oltre alla spettanza del potere di azione, potrebbe inserirsi il potere di dispensare il soggetto passivo del rapporto dall'osservanza del suo dovere (mediante l'atto di tolleranza, il precario, ecc.) (17).

Se questo elemento dovesse essere tenuto di conto, tutte le posizioni giuridiche assolutamente indispensabili (quelle, ad es., di cui parla l'art. 5 cod. civ.) cesserebbero di implicare una signoria della volontà del soggetto protetto, e cesserebbero altresì di costituire un diritto soggettivo (18).

Ben più importante — soprattutto nel campo in esame — sembra poi l'interferenza fra la « signoria della volontà » attribuita al creditore mediante la concessione dell'azione, e la circostanza che un'altra volontà (quella del debitore) può estinguere con una manifestazione potestativa la situazione giuridica favorevole al creditore stesso (19).

---

(16) O di certi altri fatti equiparati (volontà di un soggetto tenuto a tutelare i suoi interessi, ecc.).

(17) Questo elemento era messo in rilievo dalla formula romana della negatoria servitutis (tibi ius non est *me invito* eundi).

(18) Non risulta che nessun autore accetti consapevolmente questa conseguenza, che peraltro è implicita in molte definizioni, secondo le quali il soggetto ha un diritto in quanto sia arbitro del comportamento della controparte, o almeno della reintegrazione del diritto violato (cfr. ad es. NICOLÒ, *Adempimento* cit., p. 76 in principio). Altri autori parlano, in caso di situazione tutelata a mezzo di azione promossa d'ufficio, di una coppia di diritti, l'uno spettante al privato, e l'altro allo Stato (vedi riassunta quest'idea in BELLONI, *Lesione e tutela extracontrattuale nel rapporto personale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1952, p. 1203, e ivi bibliografia).

(19) Vien fatto di richiamare a questo proposito un inciso presente in BARASSI, *Istituzioni* cit., p. 85, proprio a proposito del diritto: « la certezza dell'attività indisturbata, cioè la signoria di volontà... ».



E' vero che questa interferenza di una volontà estranea incide solo sul modo di perdita della data situazione giuridica, e non sul suo contenuto statico, ma è anche vero che, finchè si fa perno, nella definizione del diritto soggettivo, sul ruolo giocato dalla volontà del titolare, tale volontà opera soprattutto nelle manifestazioni processuali (azione), nelle manifestazioni dinamiche (atto di disposizione, soggezione ad un atto di disposizione altrui, ecc.), e solo secondariamente può operare nelle manifestazioni statiche.

Prima di procedere, sarà bene chiarire se i varii atti con cui il debitore può frustrare la posizione del creditore siano potestativi, o meno, e se siano leciti. Infatti, non c'è quasi diritto soggettivo che non possa essere compromesso da un fatto (spesso, anche da un atto di disposizione) posto in essere abusivamente da un terzo; per cui, reciprocamente, un diritto soggettivo non cessa di essere tale se può essere estinto da un fatto illecito o non potestativo di un estraneo.

A questa domanda sembra di dover rispondere che: quanto alla cessazione dell'inerzia del debitore, non c'è dubbio che essa è lecita; quanto alla rinunzia di fronte al terzo, la teoria che la definisce illecita in senso tecnico è tutt'altro che pacifica (20), e sembra che la si possa rifiutare. Quanto alla natura potestativa dell'atto del debitore, essa sembra indubbia quando si tratti di rinunzia; ed altrettanto sicura quando il debitore prosegua contro i terzi atti, che per avventura non importino l'adempimento di oneri gravosi.

Resterebbe pertanto assodato che la posizione del creditore di fronte alla prestazione del terzo è sottoposta alla doppia condizione potestativa che il debitore non rinunzii, o non prenda a svolgere contro il terzo la sua attività.

Il creditore garantito avrà pertanto un diritto soggettivo verso il terzo nei limiti di cui, per il nostro ordinamento giu-

---

(20) Poichè tale rinunzia può essere impugnata mediante un'azione revocatoria, essa verrà considerata illecita da parte di quella corrente dottrinale che pone l'illecito a fondamento della stessa azione revocatoria.

ridico, costituisce un diritto soggettivo l'avere a disposizione un'azione, nel proprio interesse, senza poterla rinunciare o cedere, e soggiacendo alla condizione che ad un terzo non piaccia di frustrarlo con un proprio atto potestativo.

La delicata situazione così profilata è certo di difficile inquadramento dogmatico: ma non certo perchè rappresenti un fenomeno raro od unico. Anche la storia viene in aiuto (21), additando l'esempio della tutela del cessionario di credito, che, in una certa fase dello sviluppo del diritto romano, ebbe a disposizione un'azione concessagli evidentemente nel suo interesse, contro il debitore ceduto, salva però l'accessorietà della sua posizione rispetto a quella del cedente, e salva la possibilità che il creditore cedente frustrasse la sua posizione con un proprio atto (22) di rinuncia o di compromissione (23).

---

(21) Mi riferisco alla storia del diritto in genere, e non alla storia del nostro istituto, che su questo punto non sarebbe decisiva.

(22) Questo esempio considera un'analogia strutturale fra i fenomeni, a prescindere dalla funzione degli stessi, che è diversissima.

Si potrebbe obiettare che la posizione del creditore garantito odierno è diversa (più labile) dalla posizione del cessionario romano, perchè quest'ultimo poteva essere leso solo da un atto *doloso* del cedente (sopra, nell'analisi dei requisiti del diritto soggettivo, si è considerata la sua indipendenza da ogni possibile frustrazione *lecitamente* provocata da un estraneo). Si osservi però che presso i Romani la riscossione del credito da parte del cedente non poteva considerarsi illecita in via di principio, tanto che il cessionario, per cautelarsi, ricorreva ad una *stipulatio* (CUGIA, *Corso cit.*, p. 119, e *Inammissibilità cit.*, p. 241, dove invoca D. 44, 4, 4, 6).

La vera differenza sussiste evidentemente nello scopo degli istituti. Ma non è di questo che ci occupiamo in questa sede.

(23) Com'è noto, il diritto romano cercò dapprima di supplire al principio dell'incredibilità dei crediti *inter vivos* a titolo particolare mediante un'interposizione del cedente fra il terzo ed il cessionario, garantita da stipulazione, ed integrata talora da un mandato in *rem suam* concluso fra cedente e cessionario, perchè quest'ultimo potesse agire contro il terzo (alieno nomine) (GAIO, II, 250 e sgg.). Fin qui, la struttura dell'istituto (a parte gli effetti novativi della *litis contestatio*) è quella di una attuale procura in *rem suam* solo obbligatoriamente irrevocabile. Si ignora peraltro quali effetti portasse un pagamento fatto dal debitore nelle mani del cessionario prima della contestazione della lite. Così non è chiaro se il mandato potesse essere



Il diritto moderno a sua volta offre esempi di azioni concesse ad un soggetto nel suo interesse, condizionate però a che non si avveri l'atto potestativo di un estraneo.

---

supplito da altri negozi (come sostiene, contro la dottrina dominante, CUGIA, *Inammissibilità* cit., p. 291).

Il debitore convenuto dal cedente non poteva pertanto opporre a quest'ultimo l'avvenuta cessione. Una riforma venne operata da Antonino Pio, che concesse all'emptor hereditatis un'actio utilis per agire contro il terzo debitore dell'eredità (D. 2, 14, 16, pr.: il passo, sebbene alquanto contorto, non pare interpolato). Non è chiaro se tale actio servisse a supplire alla mancanza del mandato, o semplicemente a paralizzarne la revoca, a condizione però che un mandato sussistesse (vedi a lungo CUGIA, *Cessione* cit., p. 212).

Comunque ne sia, da questo nuovo principio si dedusse una exceptio doli a favore del debitore ceduto, ove il venditore di una eredità, nella quale fosse caduto un credito, volesse personalmente agire (Ulpiano, loc. cit.). Se rimane oscuro cosa avvenisse in questa fase, qualora il debitore pagasse prima della litis contestatio (sul punto vedi VOCI, *Istituzioni* cit., p. 282, ARANGIO RUIZ, *Istituzioni* cit., p. 402, BIONDI, *Istituzioni* cit., p. 331; il problema interferisce con la grave questione della proponibilità della condictio indebiti da parte di colui che — essendo in via di principio obbligato — godesse però di una exceptio), si può però dare come probabile che il cedente poteva rinunciare per sempre al credito (GIRARD, *Manuel* cit., p. 781; cfr. anche D. 2, 15, 17, non richiamato dagli autori cit., dove Papiniano concede un'eccezione a favore del debitore che, avendo transatto col cedente, sia poi convenuto dal cessionario; l'inciso « propter ignorantiam » sarebbe giustiniano — cfr. l'*Index interpolationum* —).

Ammissa quest'ultima soluzione, si avrebbe che il cessionario di credito, nel periodo compreso fra il tempo di Antonino Pio e quello di Papiniano, aveva un'azione utile concessa nel suo interesse (suo nomine la chiamano le fonti), protetta in modi via via più energici contro le iniziative del cedente, ma pur sempre condizionata a che lo stesso non rinunciasse al credito.

Qui non interessano gli ulteriori sviluppi storici dell'istituto, che venne a trasformarsi intieramente con l'introduzione della denuntiatio.

Restano da ricordare le gravi difficoltà che la dottrina del diritto comune frappose alla classificazione del cessionario di credito come titolare di un vero diritto soggettivo proprio (WINDSCHEID, nella nota 10 al § 329 delle *Pandette*, asseriva che « l'opinione dominante s'attiene pur sempre alla intrasmissibilità del credito » — così nella trad. FADDA e BENSA —, e che, fra i sostenitori dell'intrasmissibilità, il solo SCHMID riconosceva al cessionario un diritto proprio all'esercizio d'un diritto di credito altrui). Su questo punto, vedi la rassegna contenuta nelle note 2 e 3 alle pp. 114 e 115 della *Successione* cit. di MAGNO. Come ivi si vede documentato, la teoria che nega al cessionario

Non si può invocare in tale senso l'ampia e notissima figura dei diritti affievoliti, destinati, secondo la comune definizione dei cultori del diritto amministrativo — ora consueta anche ai civilisti (24) — ad estinguersi di fronte ad un contrario interesse pubblico. Infatti, anche là dove il fatto estintivo è rappresentato da una dichiarazione unilaterale della pubblica amministrazione, ivi difetta il requisito della potestatività dell'atto, requisito che deve ritenersi incompatibile con il presupposto, ora ora menzionato, dell'interesse pubblico (25).

Si può invece ricordare la particolare posizione in cui si trova il favorito in seguito a stipulazione di terzo, qualora (o prima che) non abbia emesso la dichiarazione di volerne profittare (26); semprechè l'art. 1411 cod. civ. non debba subire un'interpretazione antiletterale (27).

Nella stessa situazione verrebbe a trovarsi il creditore pignoratorio nei confronti dell'azione di rivendica (la quale può essere frustrata dalla amissione della proprietà della cosa da parte del costituente) — semprechè non si ritenga che debba

---

nario di credito la titolarità del diritto persistette anche presso alcuni fra i più autori italiani dei primi decenni di questo secolo.

(24) Cfr. ad es. BARBERO, *Sistema cit.*, I, p. 137, TRABUCCHI, *Istituzioni cit.*, p. 40.

(25) Diversamente, se si dovesse accogliere la concezione del diritto affievolito come diritto condizionato a qualsiasi esercizio (potestativo o meno) dell'altrui potere (per questa configurazione vedi per tutti SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2ª ed., Napoli 1954. Fra i civilisti vedila accolta in BRANCA, *Possesso cit.*, p. 385 e sgg.).

(26) Da un altro punto di vista, è invece lo stipulante (e non il favorito) in una situazione analoga a quella del normale creditore procedente in via surrogatoria: nel senso che entrambi hanno a disposizione un'azione, senza essere destinatari in senso economico della prestazione.

(27) La nostra Cassazione ha talora inteso l'adesione del terzo (anteriore alla revoca dello stipulante) come condizione *sospensiva* del suo acquisto (sent. 31 maggio 1949, in *Giur. Cass. civ.* 1949, XXVIII, 3ª quadr., p. 479). La dottrina però è nel senso dell'interpretazione letterale (per tutti BARASSI, *Obbligazioni cit.*, p. 209).



subire un'interpretazione abrogativa l'inciso « se questa spetta al costituente », contenuta nell'art. 2789 cod. civ. (28 - 29).

Sta di fatto che il tipo di situazione giuridica in esame viene utilizzato dal legislatore come una soluzione di compromesso nei casi in cui:

volendo rispettare la tradizione e volendo peraltro attribuire ad un soggetto, finora sprovvisto di protezione giuridica, una certa tutela, non osa concedergli di punto in bianco un diritto incondizionato (così nell'ipotesi del cessionario di credito romano);

volendo rispettare la tradizione, e non osando sottrarre al soggetto (che fino a quel dato momento godeva di un diritto incondizionato e perfetto) ogni forma di protezione giuridica, si risolve a diminuire la tutela finora concessagli (così, in una certa misura, quando l'ordinamento giuridico prende a riconoscere, a favore di un certo soggetto, un'eccezione in senso sostanziale, senza però scalfire, in via di principio, il preesistente diritto del controinteressato);

volendo contemperare diverse possibili soluzioni tutte sostenibili de iure condendo, sceglie una via di compromesso

---

(28) Per l'interpretazione letterale RUBINO, *Pegno* cit., p. 278 e sgg., GORLA, sub art. 2789 cit., p. 308. Contra, ALLARA, *Nozioni* cit., p. 718, BARBERO, *Sistema* cit., II, p. 163 e sgg.

(29) Ci sono poi altre situazioni in cui è condizionato al placito dell'estraneo non già l'azione, ma l'agere licere del titolare della situazione. Così ad es. il possessore di buona fede non ha, nè prima nè dopo l'azione promossa contro di lui dal proprietario, una petitoria, ed ha contro i terzi — sia prima che dopo l'instaurazione del giudizio col proprietario, finchè non avvenga il rilascio de facto — le azioni di spoglio ed, eventualmente, di manutenzione. Con la citazione promossa dal proprietario prende però inizio (così si potrebbe ritenere) la illiceità del suo godimento della cosa.

Accogliendo la concezione del diritto affievolito su cui retro, nota 25, è stato possibile presentare il possesso, così di buona come di mala fede, come un diritto affievolito (BRANCA, op. cit.): procedendo su questo binario, la fattispecie estintiva del diritto del possessore non dovrebbe esaurirsi nella semplice manifestazione potestativa di volontà del proprietario, ma dovrebbe invece perfezionarsi solo con l'effettivo rilascio (dato che, pendente la revindica, il possessore gode della sua normale tutela).

(questo è il caso dell'azione concessa al terzo favorito, e forse — cioè se si ammette l'interpretazione letterale dell'art. 2789 cit. — il caso della revindica concessa al creditore pignoratizio);

vuole manifestare un favore proprio a quel comportamento del terzo, mediante il quale il beneficiario della situazione giuridica favorevole viene privato dell'azione accordatagli (e questo è, in un certo senso, il nostro caso).

Ma con queste osservazioni, lungi dal rispondere alla domanda iniziale, si è semplicemente esteso il problema: il quale permane arduo, perchè (a prescindere dal menzionato precedente romanistico) i diversi fenomeni su elencati vengono classificati dalla dottrina (e dalla lettera del codice) in modi distinti.

Al terzo favorito che non ha dichiarato di voler profittare si riconosce un diritto soggettivo proprio; al creditore pignoratizio, al quale viene concessa un'azione petitoria (sempre alle condizioni sopra esposte), lo si nega (30). Come si dovrà risolvere il caso per il creditore di cui l'art. 2900 cod. civ.?

Da un canto, non sembra che la posizione del creditore genericamente garantito dall'art. 2900 cit. possa essere più pregnante di quella riconosciuta al creditore pignoratizio il quale abbia perduto le azioni possessorie e conservi solo quelle petitorie. In altri termini, sembrerebbe incongruo riconoscere un diritto soggettivo al creditore che esperisce una revindica in virtù dell'art. 2900 cod. civ., e non riconoscerlo al creditore che esperisce una revindica invocando l'art. 2789 cod. civ.

Da un altro canto, la teoria secondo cui il creditore pignoratizio non gode di un'azione petitoria concessagli iure proprio non sembra poggiare su basi tanto solide da non ammettere obiezioni.

Ecco peraltro che, prima di procedere, si ritiene opportuno di richiamare all'attenzione di chi legge una precedente presa di posizione.

---

(30) Cfr. ancora RUBINO e GORLA, luoghi ult. cit. Viceversa — naturalmente — gli riconosce una petitoria iure proprio chi nega che la perdita della proprietà presso il costituente incida sulla posizione del creditore (ALLARA e BARBERO, luoghi già cit.).



Si è premesso all'inizio del paragrafo che, con la presente ricerca, non si vuole proporre un nuovo concetto scientifico-dogmatico del diritto soggettivo, ma, più modestamente, curare la collocazione del nostro fenomeno nella categoria codicistica del diritto.

Ora si deve fare ancora un passo: bisogna trascurare la ricerca della nota concettuale intrinseca costante, che caratterizzi il concetto legale del diritto soggettivo, e limitarsi ad accertare l'inquadramento che di volta in volta il legislatore faccia di ogni singola situazione entro o fuori la categoria dei diritti (31).

Da questo punto di vista, diventerebbe decisiva la formulazione dell'art. 2900 cit. Se il primo inciso « esercitare i diritti che spettano al debitore » dice poco, perchè un diritto può spettare al debitore e insieme spettare al creditore, viceversa l'allusione ai « diritti che non possono essere esercitati se non dal titolare » lascia intendere che, nella mens legis, l'azione surrogatoria importa un esercizio di diritti non proprii, o, più correttamente, un'attività lecita corrispondente all'esercizio del diritto, disgiunta però da un diritto proprio, e giustificata dalla presenza di un diritto altrui (32).

Questa formulazione legale non costituirebbe certo un ostacolo insuperabile contro ogni ragionevole ricorso a mezzi ermeneutici capaci di scavalcarla (33); è però anche vero che

---

(31) Ove si arrivasse alla conclusione che tale nota concettuale manca, il diritto soggettivo in senso codicistico diverrebbe una semplice qualificazione comune di situazioni intrinsecamente difformi, e mancanti di ulteriori caratteristiche esclusive comuni: salva la possibilità di costruire il diritto come un concetto la cui nota intrinseca costante è rappresentata dal semplice avvicinarsi ad una figura-tipo (per l'affermazione che tutti i concetti giuridici, lungi dall'avere note caratteristiche costanti, si fondino sulla rassomiglianza ad una figura tipo vedi WURZEL, *Das juristische Denken*, 2ª ed., Vienna 1924).

(32) Vedi la migliore formulazione dell'art. 1140 cod. civ., in confronto di quella dell'art. 2900 cit.

(33) Tanto che formulazioni consimili hanno subito un'interpretazione modificativa.

Ad es.: la lettera del cod. civ. del 1865, mentre non consentiva la cessione dell'usufrutto, ammetteva però la cessione del suo esercizio

contro di essa non viene sollevato alcun argomento decisivo.

Ed anzi, a chi guardi attentamente, tale formulazione non manca di una spiegazione sufficientemente lucida.

Se è vero che, nell'ambito delle situazioni assoggettate al potere di un terzo a cui è concesso di estinguerle, sembra di dover notare qualificazioni legali alquanto disarmoniche, è però anche vero che — sempre nell'ambito di tali situazioni — talune hanno un carattere di accessorietà (rispetto al diritto di un ulteriore soggetto), che manca invece a talune altre.

Ritornando agli esempi fatti avanti, il terzo a favore del quale ha avuto luogo la stipulazione può ben avere (o addirittura ha di norma, non è qui il luogo di chiarire i termini del problema) una pretesa contro il promittente anche quando tale pretesa manchi presso lo stipulante, o anche dopo che la pretesa dello stipulante si sia estinta. Diversamente avviene del creditore pignoratizio il quale abbia perduto le azioni possessorie: egli, secondo la teoria che gli nega la petitoria iure proprio, non può utilizzare se non una posizione evidentemente accessoria rispetto a quella del costituente proprietario della cosa.

Anche l'esempio storico può suffragare questo rilievo, perchè il cessionario romano di credito, a cui veniva negata la titolarità del diritto, era titolare, da principio, di una posizione meramente accessoria rispetto a quella del cedente.

Se ne potrebbe indurre questa direttiva: nell'ambito delle situazioni caratterizzate da un potere d'azione concesso nell'interesse proprio, ma destinate ad estinguersi per l'esercizio

---

(art. 492); la dottrina ammise che il cessionario avesse un diritto proprio, salvo discutere se tale diritto fosse l'usufrutto ceduto (VENEZIAN, *Usufrutto* cit., II, p. 756 e sgg.), un subusufrutto (cfr., con parole diverse, NICOLÒ e GIORGIANNI, voce *Usufrutto* cit.), e se il cessionario fosse un conduttore (così ritengo di interpretare MAROI, in *Temi emil.* 1928, I, 42 e 49), o un acquirente di frutti come cose future. Così, di fronte ai disposti che distinguono tra patria potestà e suo esercizio (art. 220 cod. civ. abr.; 316 cod. civ.) si è detto che la titolarità di tale situazione, se disgiunta dal potere di esercitarla, è un nulla giuridico (vedi riassunti i termini della questione da GRASSETTI, sub art. 314 cit., p. 619).



di una facoltà meramente potestativa riconosciuta ad un estraneo, costituiscono diritti soggettivi soltanto quelle situazioni che abbiano il requisito della non accessorialità — che non siano cioè destinate a modellarsi su di un diritto altrui, ed a restare in balia delle vicende, delle modifiche e dell'estinzione di tale diritto altrui.

A questa stregua, si spiega benissimo che il creditore di cui all'art. 2900 non sia titolare di un vero diritto soggettivo.

E pertanto, se talune figure diverse dalla posizione di cui all'art. 2900 cit., ed impropriamente chiamate dal legislatore come potere di esercizio staccato dal diritto, possono essere diversamente riclassificate dall'interprete (34), non si può dire che la stessa sorte debba toccare alla situazione del creditore a cui è concesso di procedere in via surrogatoria ad un comportamento corrispondente all'esercizio di un altrui diritto.

§ 34. - AMBITO DEL POTERE SURROGATORIO. RINVIO ALLA PARTE SPECIALE.

Più volte, nel corso della presente trattazione, si è posta la questione se questo o quel diritto, o se questa o quell'azione, spettante al debitore, possano essere esercitati dal creditore.

Così ad es. si è domandato se il creditore possa agire per l'annullamento, la rescissione, la risoluzione di un contratto; e

---

(34) Il confronto con i due fenomeni di cui alla nota precedente è decisivo. In essi, il distacco fra diritto ed esercizio si condanna per varie peculiarità che mancano nel nostro caso. Infatti, il cessionario di usufrutto non poteva venir privato della sua posizione da un atto potestativo del cedente; e — quanto alla patria potestà senza potere di esercizio — il diritto avulso dal potere di esercizio è figura ben diversa (e, così sembra, ben meno giustificata) dal potere di esercizio avulso da una titolarità propria del diritto.

Si osservi piuttosto come gli autori che hanno limitato la revindica del creditore pignoratizio alle ipotesi in cui tale azione spetta al costituente abbiano desunto (dal semplice fatto che la protezione del creditore non va al di là della protezione accordata al costituente) la nozione, che il creditore non agisca iure proprio (vedi gli autori già menzionati).

se il creditore possa surrogarsi al debitore nell'acceptio. Rispondendo a questa domanda, si voleva far luce sul problema degli effetti che l'atto posto in essere in via surrogatoria può determinare. Ma, nello stesso tempo, le questioni sulla legittimazione del creditore all'azione di annullamento ed all'acceptio rappresentano aspetti speciali del più ampio problema, che può così formularsi: qual'è il contenuto (o, se si vuole, l'ambito) del potere surrogatorio? ossia: quali sono i concreti atti di esercizio che la legge consente al creditore?

Su questo tema, la bibliografia è notevole; in Francia sono state elaborate varie teorie, destinate a colmare la lacuna dell'art. 1166 code Nap. Peraltro, gli sforzi compiuti dalla dottrina sui codici anteriori al nostro hanno oggi un valore meramente comparatistico o storico, poichè il legislatore del 1942 è venuto largamente in aiuto dell'interprete, chiarendo che il creditore può « esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore... purchè i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale, e non si tratti di diritti e di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare » (art. 2900).

Anche la nuova redazione della legge lascia aperti molti problemi. E' chiaro che l'espressione « azioni che per *loro natura* non possono essere esercitate se non dal loro titolare » obbliga l'interprete ad una delicata ricerca di questa categoria, per la cui delimitazione la lettera della legge sembrerebbe quasi rinviare ad un diritto di natura.

E' anche più difficile delimitare il contenuto dell'« esercizio dei diritti e delle azioni che spettano verso i terzi ». La categoria del diritto soggettivo è fra le più bistrattate (anche perchè di solito gli autori cercano di ricostruirne il concetto a fini meramente scientifici e dogmatici, anzichè interpretativi). Nel nostro caso, inoltre, non si tratterebbe di definire correttamente il diritto o l'azione, ma « i diritti e le azioni spettanti verso i terzi »; anzi, più precisamente, l'esercizio di tali diritti, e di tali azioni. Il problema ne esce ulteriormente complicato.

Il più tipico ed indiscutibile esempio di esercizio del diritto



è la proposizione della domanda giudiziale volta a far valere la pretesa contro il terzo (revindica, azione per pagamento di una somma). Appena si esca da questa ipotesi, le questioni si fanno più confuse. Si può discutere se eserciti o meno un diritto od un'azione spettante verso terzi chi chieda una sentenza di mero accertamento, chi chieda una sentenza costitutiva, produttiva di effetti in tutto o in parte favorevoli al debitore; chi emetta una dichiarazione stragiudiziale, a cui la legge riconnette conseguenze giuridiche in tutto o in parte favorevoli al dichiarante; chi compia atti non negoziali muniti di efficacia in tutto od in parte favorevole all'autore dell'atto, in quei casi in cui la legittimazione all'atto negoziale dipenda dalla preesistente titolarità di un particolare diritto; chi accetti una donazione; chi accetti una proposta contrattuale economicamente vantaggiosa; chi eserciti un potere di rappresentanza conferito nell'interesse del rappresentante; chi goda materialmente delle cose altrui, in virtù di un diritto reale od obbligatorio in re aliena; chi adempia oneri che gli consentano di acquistare posizioni giuridiche in tutto o in parte favorevoli; chi riscuota un credito, prestando il comportamento di collaborazione col debitore, che è necessario perchè l'adempimento sia possibile, ecc.

La trattazione dei casi ora accennati porterebbe a ricomprendere nella — o ad escludere dalla — categoria generale dell'esercizio di diritti e di azioni spettanti verso terzi questa o quella classe di comportamenti umani; e sfocerebbe quindi, per necessità di cose, in formulazioni astratte, insufficienti a dare l'esatta soluzione di tutte le controversie, che possono sorgere nel diritto applicato.

Infatti, di volta in volta, l'interprete dovrà ancora domandarsi se una certa fattispecie rientri nell'esercizio di un diritto potestativo, nell'adempimento di un onere e così via.

Una impostazione esauriente del problema dei limiti di applicazione dell'art. 2900 non deve temere l'aiuto dell'indagine casistica. Non per nulla la dottrina, quando si è occupata di questi limiti, è ricorsa assiduamente all'esemplificazione.

Se ne può trarre una conseguenza: la ricerca della formulazione generale dell'ambito di applicazione dell'art. 2900 deve intrecciarsi strettamente con l'esposizione sistematica di tutti i concreti modi di esercizio del potere, che quell'articolo ha attribuito al creditore. Perciò, essa rientra già nella parte speciale della trattazione sull'istituto surrogatorio, a cui è opportuno rinviare.



## INDICE

<i>Indice bibliografico</i> . . . . .	<i>pag.</i>	v
---------------------------------------	-------------	---

### CAPITOLO I.

#### DETERMINAZIONE DEL CONCETTO DI POTERE SURROGATORIO ATTRAVERSO LA STORIA

§ 1. - Premessa . . . . .	<i>pag.</i>	1
§ 2. - Il <i>pignus nominis</i> in causa <i>iudicati captum</i> , e il suo preteso legame con l'azione surrogatoria . . . . »		7
§ 3. - Il progressivo snellimento della procedura per <i>pignoris captionem</i> di credito, ed il suo preteso legame con il sorgere dell'azione surrogatoria . . . . . »		11
§ 4. - La ipoteca generale, e la pretesa azione surrogatoria generale del diritto comune . . . . . »		16
§ 5. - L'eccezione surrogatoria tra concreditori nel diritto comune, e il suo preteso carattere innovativo . . . »		24
§ 6. - Il precedente dell'eccezione surrogatoria concursuale nel diritto romano . . . . . »		28
§ 7. - Eccezione ed azione surrogatoria concursuale in Sal- gado e negli studiosi del fallimento . . . . . »		37
§ 8. - La pretesa azione surrogatoria generale nel <i>droit cou- tumier</i> francese . . . . . »		45

§ 9. - I procedimenti speciali apparentemente surrogatorii nel droit coutumier francese . . . . .	<i>pag.</i> 53
§ 10. - Nascita dell'azione surrogatoria generale nella giuri- sprudenza francese del sec. XIX . . . . . »	67

## CAPITOLO II.

### LA FATTISPECIE CHE DA' LUOGO AL POTERE DI PROCEDERE IN VIA SURROGATORIA

§ 11. - Generalità . . . . .	<i>pag.</i> 81
§ 12. - Fondamento del potere surrogatorio . . . . . »	83
§ 13. - Il rapporto fra il soggetto procedente e il titolare del diritto o dell'azione esercitati . . . . . »	106
§ 14. - Il requisito dell'inerzia . . . . . »	126
§ 15. - Il pericolo . . . . . »	134
§ 16. - I pretesi elementi impeditivi della fattispecie . . . »	159
§ 17. - L'autonomia negoziale e la fattispecie di cui all'art. 2900 »	165
§ 18. - Il preteso potere surrogatorio derivante da fattispecie atipiche . . . . . »	169

## CAPITOLO III.

### GLI EFFETTI DELL'ATTO POSTO IN ESSERE IN VIA SURROGATORIA

§ 19. - Generalità : . . . . .	<i>pag.</i> 177
§ 20. - Funzione del procedimento surrogatorio . . . . . »	180
§ 21. - Pretese limitazioni del potere di esercizio e disposi- zione del debitore, in ordine al rapporto fatto valere dal creditore . . . . . »	191
§ 22. - Pretesa imposizione al debitore dei carichi derivanti dal procedimento di cui all'art. 2900 . . . . . »	206



- § 23. - La soggezione del debitore alle conseguenze del procedimento surrogatorio . . . . . pag. 218
- § 24. - I limiti quantitativi degli effetti dell'atto posto in essere dal creditore . . . . . » 232

#### CAPITOLO IV.

#### QUALIFICA GIURIDICA DEL POTERE SPETTANTE AL CREDITORE IN BASE ALL'ART. 2900 COD. CIV.

- § 25. - Generalità . . . . . pag. 239
- § 26. - Fenomeno surrogatorio e rappresentanza . . . » 241
- § 27. - Rappresentanza nell'interesse del rappresentante, e sostituzione . . . . . » 255
- § 28. - Il negozio civilistico posto in essere in nome proprio sul patrimonio altrui . . . . . » 267
- § 29. - Fenomeno surrogatorio e legittimazione all'atto . » 273
- § 30. - Fenomeno surrogatorio e spendita del nome . . » 281
- § 31. - Il creditore procedente senza spendita del nome . » 284
- § 32. - Potere surrogatorio, diritto a compiere l'atto, diritti sopra diritti, e diritto potestativo . . . » 290
- § 33. - Potere surrogatorio e diritto soggettivo . . . » 295
- § 34. - Ambito del potere surrogatorio. Rinvio alla parte speciale » 313
-

The first of these is the fact that the  
... of the ...  
... of the ...  
... of the ...

THE SECOND

The second of these is the fact that the  
... of the ...

The third of these is the fact that the  
... of the ...

The fourth of these is the fact that the  
... of the ...

The fifth of these is the fact that the  
... of the ...

The sixth of these is the fact that the  
... of the ...

The seventh of these is the fact that the  
... of the ...

The eighth of these is the fact that the  
... of the ...

The ninth of these is the fact that the  
... of the ...

The tenth of these is the fact that the  
... of the ...

The eleventh of these is the fact that the  
... of the ...

The twelfth of these is the fact that the  
... of the ...

The thirteenth of these is the fact that the  
... of the ...

The fourteenth of these is the fact that the  
... of the ...

The fifteenth of these is the fact that the  
... of the ...

The sixteenth of these is the fact that the  
... of the ...

The seventeenth of these is the fact that the  
... of the ...

The eighteenth of these is the fact that the  
... of the ...

The nineteenth of these is the fact that the  
... of the ...

The twentieth of these is the fact that the  
... of the ...

The twenty-first of these is the fact that the  
... of the ...



UNIVERSITÀ DI TORINO  
PUBBLICAZIONI DELL'ISTITUTO GIURIDICO

---

MEMORIE (SERIE II)

- I - VASSALLI F. FRANCHI L., *G. P. Chironi* - 1928 L. 300 —
- II - DULIO E., *Un illuminista piemontese. Il Conte Dalmazzo Francesco Vasco* - 1928 . . » 300 —
- III - GROSSO G., *Efficacia dei patti nei « bonae fidei iudicia »* - 1928 . . . . » 300 —
- IV - PASSERIN D'ENTREVES A., *La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna* - 1929 . . . . (esaurito)
- V - DULIO E., *Le miniere degli Challant in Valle d'Aosta e il loro ordinamento giuridico* - 1929 » 300 —
- VI - GROSSO G., *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione* - 1930 . . . (esaurito)
- VII - EINAUDI M., *Edmondo Burke e l'indirizzo storico nelle scienze politiche* - 1930 . . . (esaurito)
- VIII - CHIAUDANO M., *Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII* - 1930 . . . . (esaurito)
- IX - AGOSTI G., *Un politico italiano alla Corte polacca nel secolo XV. (Il « Consilium Callimachi »)* - 1930 . . . . » 200 —
- X - DE BERNARDI M., *Giovanni Botero economista. (Intorno ai libri « Delle cause della grandezza delle città »)* - 1931 . . . . » 400 —
- XI - BALLADORE PALLIERI G., *I « principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili » nell'art. 48 dello Statuto della Corte di giustizia internazionale* - 1931 . . . (esaurito)
- XII - FERROGLIO G., *La condizione giuridica delle confraternite* - 1931 . . . . » 300 —

- XIII - TREVES R., *La dottrina sansimoniana nel pensiero italiano del Risorgimento* - 1931 - (esaurito)
- XIV - ALBERTI A., *Alberto Radicati di Passerano (Contributo al pensiero politico e alla storia del diritto ecclesiastico in Piemonte agli inizi del Sec. XVIII)* - 1931 . . . . . » 600 —
- XV - COMBA M., *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al diritto pubblico* - 1931 . . . . (esaurito)
- XVI - EINAUDI M., *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America* - 1931 (esaurito)
- XVII - BIZZARRI D., *Il documento notarile guarentigato (Genesi storica e natura giuridica)* - 1932 » 400 —
- XVIII - LARGU V., *Il diritto di proprietà nella legislazione civile sovietica* - 1932 . . . . » 600 —
- XIX - BALLADORE PALLIERI G., *La natura giuridica internazionale della potestà dello Stato sugli individui* - 1932 . . . . . (esaurito)
- XX - GUALAZZINI U., *Rapporti fra capitale e lavoro nelle industrie tessili lombarde nel Medio Evo (Contributo alla storia del diritto del lavoro)* - 1932 . . . . . » 500 —
- XXI - MONACO R., *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale* - 1932 . . » 700 —
- XXII - PASSERIN D'ENTREVES A., *Riccardo Hooker (Contributo alla teoria e alla storia del diritto naturale)* - 1932 . . . . . (esaurito)
- XXIII - BODDA P., *La nozione di « causa giuridica » della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo* - 1933 . . . . . (esaurito)
- XXIV - PREDELLA C., *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato* - 1934 . . . . . (esaurito)
- XXV - DE CASTRO D., *Metodi per calcolare gli indici della criminalità* - 1934 . . . . » 450 —
- XXVI - TREVES R., *Il diritto come relazione. (Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo)* - 1934 . . . . . (esaurito)



- XXVII - MAIORCA C., *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria* - 1934 . . . . . L. 600 —
- XXVIII - BOBBIO N., *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica* - 1934 . . . . . » 800 —
- XXIX - BOBBIO N., *Scienza e tecnica del diritto* - 1934 (esaurito)
- XXX - CROSA E., *Carlo Alberto e la concessione dello Statuto* - 1935 . . . . . » 300 —
- XXXI - MARCHELLO G., *Il problema critico del diritto naturale* - 1936 . . . . . » 800 —
- XXXII - MONACO R., *I conflitti di legge in materia di cambiale* - 1936 . . . . . (esaurito)
- XXXIII - RODDI C., *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano* - 1936 . . . . . » 600 —
- XXXIV - MAIORCA C., *La cosa in senso giuridico - Contributo alla critica di un Dogma* - 1937 . . . . . » 800 —
- XXXV - *Esame del progetto preliminare del Codice di Procedura civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza* (Relazione del Prof. Mario Ricca Barberis) - 1938 . . . . . » 200 —
- XXXVI - BOBBIO N., *L'analoga nella logica del diritto* - 1938 . . . . . (esaurito)
- XXXVII - PIRAS S., *La sostituzione fedecommissaria nel progetto di riforma del Codice Civile* - 1938 . . . . . » 300 —
- XXXVIII - ALLARA M., GRECO P., GROSSO G., MONTTEL A., RICCA-BARBERIS M., *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare del secondo libro del Codice Civile* - 1938 . . . . . » 500 —
- XXXIX - RICCA-BARBERIS M., *L'evizione nella vendita giudiziale* - 1938 . . . . . » 600 —
- XL - RICCA-BARBERIS M., *La garanzia per evizione nella permuta* - 1939 . . . . . » 200 —
- XLI - DEIANA G., *I motivi nel diritto privato* - 1939 . . . . . » 1500 —
- XLII - CANSACCHI G., *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate* - 1939 . . . . . » 900 —
- XLIII - PUGLIESE G., *Appunti sui limiti dell'«impe-rium» nella repressione penale* - 1939 . . . . . » 400 —

- XLIV - ARNO' C., *L'alienazione della cosa legata* - 1939 . . . . . L. 400 —
- XLV - LEONI B., *Il problema nella scienza giuridica* - 1940 . . . . . (esaurito)
- XLVI - DI PACE P., *Il negozio per relationem* - 1940 (esaurito)
- XLVII - PIERANDREI F., *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica* - 1941 (esaurito)
- XLVIII - CORRADO R., *Il negozio di accertamento* - 1942 . . . . . (esaurito)
- XLIX - MARCHELLO G., *Studi sul concetto di oggettività sociale* - 1942 . . . . . » 400 —
- L - BALBI G., *Saggio sulla donazione* - 1942 . . . . . » 2000 —
- LI - LEONI B., *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto* - 1943 . . . . . » 800 —
- LII - BODDA P., *La dispensa amministrativa* - 1943 » 400 —
- LIII - FEDELE A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato* - 1943 . . . . . (esaurito)
- LIV - GIUSIANA E., *Decadenza e prescrizione* - 1943 (esaurito)
- LV - PIACENZA S., *Saggio di un'indagine sul dolo specifico* - 1943 . . . . . » 600 —
- LVI - SAVINO M., *La subordinazione nel rapporto di lavoro* - 1944 . . . . . (esaurito)
- LVII - RICCA-BARBERIS M., *Acquisto per ritrovamento o invenzione* - 1945 . . . . . » 200 —
- LVIII - BERTO G., *Studi preliminari sulla trasformazione delle società* - 1945 . . . . . (esaurito)
- LIX - FERROGLIO G., *Circoscrizioni ed enti territoriali della Chiesa* - 1946 . . . . . » 500 —
- LX - SACCO R., *Il concetto di interpretazione del diritto* - 1947 . . . . . (esaurito)
- LXI - CORRADO R., *La pubblicità nel diritto privato - Parte generale* - 1947 . . . . . » 1400 —
- LXII - TREVES R., *Diritto e Cultura* - 1947 . . . . . » 400 —
- LXIII - BURDESE A., *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* - 1949 . . . . . » 1300 —



- LXIV - SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato* - 1949 . . . » 2000 —
- LXV - EINAUDI L., *Scienza economica ed economisti nel momento presente* (Discorso pronunciato il 5 novembre 1949 per l'inaugurazione dell'anno accademico 1949-1950 della Università di Torino) - 1950 . . . . . » 200 —
- LXVI - RICCA-BARBERIS M., *La garanzia per evizione nella dote e nel patrimonio familiare* - 1950 . . . . . » 400 —
- LXVII - GORINO-CAUSA M., *Sul problema sistematico esterno di un diritto dei culti nei territori extrametropolitani* - 1950 . . . . . » 450 —
- LXVIII - FEDELE A., *Possesso ed esercizio del diritto* - 1950 . . . . . » 1500 —
- LXIX - ENRIETTI E., *Il contratto per persona da nominare* - 1950 . . . . . » 2800 —
- LXX - CORRADO R., *Studi sul licenziamento* - 1950 . . . » 900 —
- LXXI - TREVES G., *Le imprese pubbliche* - 1950 . . » 900 —
- LXXII - BURDESE A., *Autorizzazione ad alienare in diritto romano* - 1950 . . . . . » 600 —
- LXXIII - BALBI G., *Le obbligazioni propter rem* - 1950 » 2000 —
- LXXIV - BENEDETTO M. A., *Aspetti del movimento per le costituzioni in Piemonte durante il risorgimento* - 1951 . . . . . » 800 —
- LXXV - PROVERA G., *Contributi alla teoria dei iudicia contraria* - 1951 . . . . . » 1000 —
- LXXVI - BURDESE A., *Studi sull'ager publicus* - 1952 . . » 1000 —
- LXXVII - OFFIDANI A. M., *Contributo alla teoria della posizione giuridica* - 1952 . . . . . » 1000 —
- LXXVIII - BENEDETTO M. A., *Ricerche sugli ordinamenti dei domini del Delfinato nell'alta Valle di Susa* - 1953 . . . . . » 2500 —
- LXXIX - OFFIDANI A. M., *La capacità elettorale politica - Studi preliminari* - 1953 . . . . » 1200 —

- LXXX - CASETTA E., *L' illecito degli enti pubblici*  
- 1953 . . . . . L. 2400 —
- LXXXI - OFFIDANI A. M., *Studi sull'ordinamento giuridico speciale - Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina* - 1953 » 2000 —
- LXXXII - PROVERA G., *Contributi allo studio del ius iurandum in litem* - 1953 . . . . . » 1000 —
- LXXXIII - RICCA-BARBERIS M., *Per un nuovo indirizzo della dottrina processuale* - 1954 . . . . . » 700 —
- LXXXIV - GORINO-CAUSA M., *Sui regolamenti in diritto canonico* - 1954 . . . . . » 1200 —
- LXXXV - DI ROBILANT E., *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico* - 1954 . . . . . » 1500 —
- LXXXVI - COTTA S., *Gaetano Filangieri e il problema della legge* - 1954 . . . . . » 1200 —
- LXXXVII - VITTA E., *Conflitti interni ed internazionali - Saggio comparativo* - Volume primo - 1954 . . . . . » 1700 —  
Volume secondo - 1955 . . . . . » 2000 —
-



## TESTI INEDITI O RARI

- I - BOTERO G., *Delle cause della grandezza delle città*. Ristampa dell'edizione principe del 1588 a cura del dott. M. DE BERNARDI - 1930 . L. 400 —
- II - La « *Glossa torinese* », e le altre Glosse del MS. D. III 13 della Biblioteca Nazionale di Torino. A cura del dott. A. ALBERTI, con tre tavole fuori testo - 1933 . . . . . » 800 —
- III - *Rendiconti mercantili inediti del cartolare di Giovanni Scriba*, pubblicati con introduzione e commento dal dott. G. ASTUTI, con cinque tavole fuori testo - 1933 . . . . . » 300 —
- IV - GENTILIS A., *De juris interpretibus (Dialogi sex)* a cura di G. ASTUTI con prefazione di S. RICCOBONO - 1937 . . . . . » 800 —
- V - CAMPANELLA T., *Aforismi politici* a cura di L. FIRPO - 1941 . . . . . » 1500 —

## MISCELLANEA

- I - BRONDI V., *Scritti minori raccolti a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino*, con prefazione di SANTI ROMANO - 1934 . . . . . » 1000 —
- II - SOLARI G., *Studi storici di filosofia del diritto*, con prefazione di LUIGI EINAUDI - 1949 . . . . . » 2000 —
- III - SEGRE' G., *Scritti vari di Diritto Romano*, con prefazione di GIUSEPPE GROSSO - 1952 . . . . . » 4000 —
- IV - JANNACCONE P., *Discussioni ed indagini economiche e finanziarie* - Vol. primo - 1953 . . . . . » 3500 —  
Volume secondo - 1954 . . . . . » 3500 —

30011

---

*Ultimato di stampare il 26-9-1955 presso lo Stabilimento Poligrafico Editoriale  
(S. P. E.) di C. Fanton • Torino • Via Avigliana, 21 • Telefono 70.651*

---



